Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HDI
HL 30NR T

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

~~Germany~~

ITALY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

CONTE GIUSEPPE MIRABELLI

Senatore del Regno – già Primo Pres. della Corte di Cassaz. di Napoli

DELLE IPOTECHE

SECONDO

IL CODICE ITALIANO

SECONDA EDIZIONE

NAPOLI
Editore Federico Corrado
Tribunali, 276
1896

Digitized by Google

For 11
M

Proprietà letteraria
(DRITTI DI TRADUZIONE RISERVATI)

Tip. Gazz. Dritto e Giuris.—Tribunali, 276

Digitized by Google

Scrivo del sistema ipotecario italiano qual è, a solo fine che diffondendosene la completa cognizione si abbia in pregio più che oggi non sia.

Il sistema ipotecario italiano, fondato sull'assoluta pubblicità e specialità del credito e degl'immobili vincolati, è il più perfetto tra i sistemi ipotecari degli altri Stati, dove non sia in vigore quello conosciuto sotto il nome di *tavolare* col quale non fo paragoni. Si sono evitati i difetti che si notano nei Codici francese e degli antichi Stati italiani e nella legge belgica, risolvendosi quasi tutte le quistioni discusse dalle varie scuole e dalla giurisprudenza. Anche il sistema della pubblicità dei trasferimenti della proprietà degl'immobili e dei diritti reali sopra i medesimi, base del sistema ipotecario, ha avuto qualche miglioramento, ma non quale avrebbe potuto e dovuto essere. Sicchè oggi, ad occasione della legge del 1° marzo 1886 sul riordinamento della imposta fondiaria, nella quale si è promesso di determinare con altra legge gli effetti giuridici del catasto e le riforme che occorressero a tal fine nella legislazione civile, fervono gli studi che paiono non ancora maturi per giungere ad una conclusione pratica conforme alla coscienza giuridica del paese. Sembra che le opinioni pre-

Digitized by Google
713230

dominanti possano dividersi in due: alcuni intendono migliorare l'attuale sistema delle trascrizioni, estendendole a tutti gli atti tra vivi o per testamento traslativi, dichiarativi e restrittivi della proprietà d'immobili e dei diritti reali sopra i medesimi, mettere accosto gli uffizi delle ipoteche a quelli del catasto e del registro; sicchè i contraenti abbiano il comodo di compiere la triplice formalità nello stesso luogo. Ed è questa l'opinione più conservatrice, essendo radicale l'altra opinione, consistente nell'abolizione dell'attuale sistema di trascrizione e d'iscrizione, inaugurando quello conosciuto sotto il nome di *tavolare*.

Durante tale fervore di studi, crediamo far opera utile con lo illustrare il sistema ipotecario vigente, perchè si muti ove occorra, e si eviti cangiarsi in peggio quello che oggi si possiede e con lo esporre quali miglioramenti possano farsi al sistema nostro delle trascrizioni, traendo anche profitto dalla legge sul nuovo catasto.

Scrivendo del diritto dei terzi abbiamo dovuto necessariamente trattare del diritto dei creditori ipotecari e dell'effetto giuridico delle trascrizioni. Col presente lavoro tutta la materia delle ipoteche si compie, sicchè deve riguardarsi come un'appendice del Diritto dei terzi.

Limitato è dunque il nostro proposito.

Chi volesse conoscere la storia dei diversi sistemi ipotecari nello spazio e nel tempo, compresa in essa anche quella che si riferisca al *sistema tavolare*, deve lasciar da parte la nostra stampa e volgersi altrove. Può, leggendola, ritrarne il solo vantaggio di conoscere il sistema italiano, come un capitolo della storia dei moderni sistemi ipotecari.

Digitized by Google

CAPO PRIMO

Definizione della ipoteca e suo svolgimento

SOMMARIO

1. Ogni creditore può procedere alla esecuzione dei beni del debitore mobili ed immobili.
2. Definizione dell'ipoteca e determinazione della sua natura.
3. Scopo dell'ipoteca: è un accessorio di una valida obbligazione. Se possa darsi ipoteca per l'adempimento di una obbligazione futura.
4. L'ipoteca è un dritto reale inerente ai beni, che li segue contro qualunque possessore: il diritto del creditore a farli vendere deriva esclusivamente dall'ipoteca, quando sono passati al terzo possessore.
5. Se il diritto derivante dall'ipoteca sia mobiliare o immobiliare.
6. L'ipoteca è indivisibile: rinvio pel commento dell'articolo 2087.
7. Sono capaci di essere ipotecati gl'immobili per loro natura insieme agli accessorii.
8. Sono capaci di ipoteca gl'immobili per destinazione unitamente però all'immobile cui accedono.
9. Può essere ipotecato l'usufrutto, ad eccezione di quello legale del padre e della madre.
10. Può essere ipotecato il dominio diretto e il dominio utile: non possono essere ipotecate le azioni dirette a ricuperare un immobile, ma può essere ipotecato l'immobile.
11. Possono o pur no ipotecarsi i diritti concessi dal governo ai privati sopra i beni demaniali?
12. L'ipoteca può darsi anche sulle ferrovie?
13. Spiegazione dell'articolo 1966.
14. Se il proprietario che vuol conservare i miglioramenti fatti da un possessore precario, deve renderlo indenne.
15. I terzi possessori non hanno rispetto al creditore ipotecario alcun diritto di prelevare le indennità loro dovute dal debitore per i miglioramenti eseguiti sopra i fondi ipotecati che nel solo caso dell'articolo 2020, nè hanno alcun diritto di ritenzione.
16. Dottrina contraria della Corte di Cassazione di Firenze; confutazione della medesima.
17. Spiegazione della legge dei 22 gennaio 1887 sul credito agrario.
18. L'ipoteca si estende anche alle accessioni dipendenti da cause naturali.

Digitized by Google

19. L'ipoteca iscritta sulla nuda proprietà si estende sull'usufrutto che con essa si è consolidato.
20. Casi nei quali l'ipoteca si risolve sul prezzo della cosa ipotecata, ossia della surroga reale del prezzo alla cosa.

1. Ogni creditore, derivi il credito da legge, da contratto o quasi contratto, da delitto o quasi delitto, ha diritto di essere soddisfatto sopra tutt'i beni del debitore mobili ed immobili, presente e futuri: art. 1948.

Onde per conseguire quanto gli è dovuto può:

A) pignorare tutti i beni mobili del debitore che si trovino presso di lui o presso i terzi, e le somme al medesimo dovute; art. 583 Cod. di proc. civ.

B) pignorare i frutti non ancora raccolti o non ancora separati dal suolo; art. 606 Cod. proc. civ.

C) farsi assegnare in pagamento i crediti, art. 619 Cod. di proc. civ. o farsi aggiudicare gli oggetti pignorati; art. 643 Cod. di proc. civ.

D) farsi assegnare o concorrere nella distribuzione del danaro ritratto dall'esecuzione mobiliare; art. 652 Codice proc. civ.

E) domandare il sequestro conservativo dei beni mobili spettanti e delle somme dovute al debitore; art. 924 Cod. di proc. civ.

F) far subastare gl'immobili che si trovano in proprietà del debitore, e concorrere nel giudizio di graduazione; art. 2076, 2092 e 709 Cod. di proc. civ.

Questi diritti sono eguali per tutti i creditori, sol perchè creditori.

L'eguaglianza del diritto è riconosciuta non pure nell'intraprendere la esecuzione dei beni mobili ed immobili, ma anche nella distribuzione del prezzo che se ne ritrae, se non vi sia causa di prelazione, quali sono i privilegi e le ipoteche; art. 1948, 1949, 1950.

2. L'ipoteca è dunque causa di prelazione. Essa è definita e determinata nell'articolo 1964: « L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo a vantaggio di un creditore, per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di un'obbligazione. Essa è indivisibile, e sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra

Digitized by Google

ogni loro parte. Essa è inerente ai beni, e li segue presso qualunque possessore ».

È la più perfetta definizione dell'ipoteca qual'è istituita dalla legge, se si paragona con quanto si è scritto sul proposito e nelle legislazioni e nelle scuole, antiche e moderne, come apparirà ancor più chiaro dallo svolgimento che ne anderemo man mano facendo (1).

3. Scopo dell'ipoteca è di assicurare il creditore che nella distribuzione del prezzo del bene vincolato sia preferito agli altri creditori. Si suppone dunque che vi sia un credito da pagarsi; d'onde deriva che qualora non vi sia credito valido e non estinto, non vi può essere ipoteca valida o tuttavia sussistente.

Accade come per la fidejussione (art. 1899 e 1900) senza l'eccezione che la riguarda. L'ipoteca non può avere un valore effettivo che sol quando il debitore doveva soddisfare, e non ha soddisfatto alla sua obbligazione.

Ogni credito sia esso puro e semplice, a termine, condizionale, alternativo, solidale o indivisibile, da qualunque fonte derivi, dalla legge, dal contratto, quasi contratto, delitto e quasi delitto, può essere garantito da ipoteca (2).

Non ragioneremo quì di ciascuna di queste specie di obbligazioni, limitandoci a ricordare che se l'obbligazione non esiste, o è estinta, non può più esservi ipoteca efficace.

Ciò non pertanto non possiamo omettere una famosa controversia agitata tra i giureconsulti Romani, se sia cioè valida l'ipoteca per una obbligazione futura; e nell'affermativa, se l'obbligazione divenendo poscia presente, l'ipoteca acquisti la sua efficacia dal dì, in cui fu costituita, o da quello, in cui l'obbligazione è stata posta in essere.

Qualora l'obbligazione futura, nel momento, che si costitui-

---

(1) Il paragrafo 1062 del progetto del Codice civile alemanno è scritto così: « Un immobile può essere gravato di un diritto consistente in ciò che una persona determinata è investita del diritto, in ragione di un certo credito, di esigere il suo pagamento sopra l'immobile ».

(2) Consulta la legge 5. *D. de pign. et hypoth.* Il credito può essere *futuro* o condizionale, dice il detto §§ 1062 del progetto del Cod. alemanno.

Digitized by Google

sce una ipoteca, che ne assicuri l'adempimento se e quando nascerà, non derivi da alcun vincolo attuale di un contraente verso l'altro, l'ipoteca prende efficacia nel dì in cui nasce l'obbligazione, non potendovi essere accessorio senza un'obbligazione principale.

Ma se l'obbligazione origina da dritto o vincolo preesistente, che s'intende tutelare, l'ipoteca è valida e prende grado dal momento che è stata iscritta, e può iscriversi appena che è stata costituita. La legge italiana non ha troncato la quistione con una disposizione generale, ma l'ha risoluta in due casi speciali negli articoli 1969, n. 4 e 2007 che dovremo illustrare, e dal modo della risoluzione si può cavare la regola da applicare per i casi analoghi.

4. L'ipoteca è un *dritto reale* inerente ai beni, e li segue presso qualunque possessore.

È un diritto reale di una natura speciale sulla cosa vincolata, tendendo a far prelevarne il prezzo in soddisfazione del credito assicurato. Onde il debitore conserva la proprietà della cosa, e continua non pure nell'amministrazione della medesima, ma ha eziandio il diritto di alienarla a tilolo gratuito od oneroso e costituirvi diritti reali. Ma nè l'amministrazione, nè l'alienazione, nè la costituzione de' nuovi diritti reali possono arrecar danno all'ipoteca, come noteremo nei luoghi opportuni.

Qual diritto reale è inerente ai beni *(res obligata)*, e li segue presso qualunque possessore: ossia il creditore, in virtù dell'ipoteca, che garentisce il suo credito, richiama nel possesso del debitore il bene ipotecato per venderlo o pure lo fa vendere in danno del terzo possessore per soddisfarsi col prezzo del suo credito garentito dalla ipoteca.

Notano alcuni di essere imperfetta la definizione dell'ipoteca, non contenendo uno dei principali effetti che produce: *il diritto cioè di far vendere* il bene vincolato. Cotale censura è ingiusta. Il diritto a far vendere i beni del debitore quando sono in proprietà del medesimo, proviene dalla qualità sola di creditore, non da quello di essere creditore ipotecario; chè anzi la qualità di ipotecario può essergli di limite nella esecuzione: art. 2076, 2080.

La ipoteca spiega tutta la sua efficacia allorchè o si deve

Digitized by Google

distribuire il prezzo dell'oggetto vincolato per esercitarvi la prelazione, o quando il bene è stato alienato, per farlo subastare in danno dell'acquirente o di un curatore. È dunque esatto l'articolo che si limita a dire essere l'ipoteca inerente ai beni e seguirli presso qualunque possessore. Quando il bene è passato al terzo possessore, il creditore procede contro di lui coll'azione *ipotecaria* per eseguire la vendita del medesimo a solo fine di essere pagato con preferenza sul prezzo.

5. Si agita nelle scuole la controversia, se il diritto reale derivante dall'ipoteca sia mobile od immobile.

L'articolo 418 alloga fra i mobili per determinazione della legge le obbligazioni ed azioni anche ipotecarie che hanno per oggetto una somma di danaro ed effetti mobili. L'azione non cambia natura sol perchè gerentita da un'ipoteca, poichè essa è un accessorio del credito del quale subisce le sorti.

Ma l'ipoteca sopra gl' immobili può essere considerata come una cosa a sè, indipendentemente dal credito che assicura, in ispecialità sotto l'aspetto della capacità del dritto a costituirla o a rinunziarla e della prescrizione. Con essa si limita il diritto di disporre nel proprietario in quanto che questo perde il diritto di alienare quel valore dell'immobile sul quale si deve dal creditore esercitare il diritto di preferenza. Sotto tale aspetto l'ipoteca è considerata come un'alienazione di un diritto sopra un immobile a vantaggio del creditore; onde chi non può alienare non può ipotecare, e l'ipoteca si estingue con trenta anni rispetto al terzo possessore indipendentemente dal credito.

Laonde può dirsi che l'ipoteca, riguardata indipendentemente dal credito, sia un diritto reale immobiliare, inerente come è ad un immobile, del quale è un'affezione; art. 2030.

6. È un diritto reale indivisibile tanto attivamente quanto passivamente.

Pel credito intero e per ciascuna parte di esso è inerente a tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi, e sopra ogni loro parte; non rende però indivisibile il credito, che garantisce. Diviso il credito, come per esempio, fra coeredi, ciascuno ha diritto alla sola sua parte e non all'intero, e per questa sola parte esercita l'ipoteca indivisibilmente sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte, siano essi presso

Digitized by Google

il debitore, siano divisi fra i suoi eredi, siano alienati: art. 1029.

E questo diritto d'indivisibilità non ha in quanto al suo esercizio che un solo limite, dall'articolo 2087, il quale è nuovo nel Codice italiano: « Il creditore avente ipoteca su vari immobili, dopo che gli venne fatta la notificazione accennata nell'articolo 2043, se si tratta del giudizio di purgazione, e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può sotto pena dei danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegli immobili; nè astenersi volontariamente di proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, all'intento di favorire un creditore a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto ».

Di questo articolo abbiamo fatto un ampio commento nel nostro *Diritto dei terzi*, volume 2, pag. 119, n. 49 e 30, che qui non trascriveremo.

Il creditore ipotecario può dunque procedere contro il debitore e il terzo possessore alla vendita di tutti gl'immobili ipotecati o di ciascuno di essi, a sua scelta, e può rinunziare tutto o in parte alla sua ipoteca, tranne nei casi succennati.

Alcuni della scuola francese vorrebbero, che fosse ristretto il principio dell'indivisibilità dell'ipoteca per gli effetti disastrosi che essa produce nel caso di concorso d'ipoteche più estese con quelle meno estese. Ma questi effetti sono stati evitati nel nostro Codice coll'introduzione della *surroga ipotecaria*, istituto lodato anche dalla scuola francese, con la limitazione contenuta nell'articolo 2087.

7. L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra i beni di un debitore o di un terzo: art. 1964.

Non tutti i beni del debitore o del terzo sono capaci d'ipoteca.

I beni mobili sono capaci di pegno, non d'ipoteca: art. 1878. Ne è eccettuata la rendita sopra lo Stato nel modo determinato dalle leggi relative al debito pubblico: art. 1967, n. 4. (1).

Sono capaci d'ipoteca i beni immobili coi loro accessorii riputati come immobili, *purchè* sieno in commercio.

La ragione del limite è evidente. Se l'ipoteca ha per obbietto

---

(1) Consulta n. 20.

Digitized by Google

di assicurare sopra l'immobile il soddisfacimento di credito, il creditore deve avere il diritto di vendere l'immobile ipotecato, perchè col prezzo di esso possa essere soddisfatto. E gl'immobili fuori commercio non possono essere venduti—*Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest.* (1)

È fuori poi del nostro tema l'enumerazione delle cose che non sono in commercio, art. 429 e 430.

Gl'immobili o sono tali per loro natura, o per destinazione o per l'oggetto cui si riferiscono.

Gl'immobili per loro natura sono enunciati negli articoli, 408 a 412.

È cosa chiara, che gli alberi e i frutti della terra e degli alberi, finchè i primi non vengano atternati, ed i secondi finchè non sieno separati dal suolo o raccolti, non possono essere ipotecati separatamente dall'immobile del quale fan parte: art. 410 411. Se gli alberi sono abbattuti, diventando cosa mobile ed i frutti essendo destinati ad esser raccolti o separati dal suolo, sono soggetti ad esecuzione mobiliare, finchè non avvenga la trascrizione del precetto, mediante la quale nè gli alberi possono essere abbattuti, nè i frutti pendenti possono essere pignorati separatamente dall'immobile, considerandosi, quali accessorî dell'immobile, partecipar della stessa natura: art. 2085.

È quistione, se le sorgenti e i serbatoi, i corsi d'acqua, gli acquedotti, e le cave e le miniere possano ipotecarsi separatamente dall'immobile.

L'immobile può essere alienato nella sua intera continenza e in ciascuna sua parte divisamente; onde può essere ipotecato nella sua intera continenza, o in ciascuna parte separatamente, purchè la parte che si sottopone per sè sola ad ipoteca si possa vendere senza cangiar natura, da immobile cioè non diventi mobile.

La sorgente può essere venduta distintamente dal fondo,

---

(1) L. 1 § 2. *Quae res pignori, vel hypothecae datae obbligari non posse*, 20; 3. È massima antica, sulla cui esattezza non vi è discussione.

Digitized by Google

come un immobile a sè, potendo il compratore farne diversi usi agricoli ed industriali—Essendo un immobile ed avendo un valore permutabile, non vi è ragione di tenerla incapace d'ipoteca con tutti i suoi accessorî.

In quanto poi ai corsi di acqua, ai serbatoi ed agli acquedotti, o formano tali accessioni dell'immobile che possano cessare di farne parte, sì da poterli separatamente vendere; o pure sono talmente parti integrali del fondo che non possano esser separatamente venduti senza perdere la loro natura e destinazione. Nel primo caso possono separatamente ipotecarsi; nel secondo no.

Le cave e le miniere che appartengono al proprietario del suolo e che costituiscono il sottosuolo, sono state considerate come proprietà distinte dal suolo; onde separatamente possono essere vendute ed ipotecate (1). Tanto più se appartengono a persone diverse.

8. Sono immobili per destinazione le cose, che il proprietario di un fondo vi ha poste per il servizio e la coltivazione del medesimo, art. 413; e tutti gli oggetti mobili annessi ad un fondo od edifizio, per rimanervi stabilmente, art. 414.

Sono immobili finchè dura la destinazione, formando accessione degl'immobili durante tale destinazione, e perciò possono essere ipotecati *insieme* ai medesimi. Non possono essere ipotecati separatamente dall'immobile, come chiaramente risulta dalla locuzione del numero primo dell'articolo 1967, più esatta di quella del numero primo dell'articolo 2118 del Codice francese, il quale dice che possono essere ipotecati i beni immobili e i loro accessorî riputati immobili. La vendita distinta degli accessorii è vendita di cosa mobile; per cui non possono essere ipotecati distintamente dall'immobile del quale forman parte per destinazione del proprietario di esso.

9. Sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono, art. 415:

Il diritto di usufrutto e di uso sulle cose immobili e quello

---

(1) Legge dei 20 novembre 1859. L'articolo 58 dichiara che qualunque diritto di privilegio ed ipoteca può essere acquistato sulla proprietà di una miniera nei modi e termini stabiliti dalle leggi civili, come sulle altre proprietà immobiliari.

Digitized by Google

di abitazione; i diritti del concedente e quelli dell'enfiteuta pei fondi soggetti ad enfiteusi;

Le servitù prediali;

Le azioni che tendono a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi:

L'usufruttuario può cedere per qualsivoglia titolo oneroso o gratuito l'esercizio del suo diritto (art. 492); è dunque l'usufrutto capace d'ipoteca se è di un immobile, una con i suoi accessorî.

Ne è eccettuato però l'usufrutto legale degli ascendenti, che è quello del padre e della madre. Questo usufrutto del padre e della madre sopra i beni dei loro figliuoli ha una destinazione speciale, che è quella di mantenere, educare ed istruire i figliuoli, art. 228, 229, 230, 231 e 232; non può essere nè ceduto nè ipotecato.

È grave quistione, se sia valida la costituzione d'ipoteca e la sua iscrizione sul nudo usufrutto o sulla nuda proprietà da parte di chi è pieno proprietario. Il che può accadere non pure nelle ipoteche convenzionali, come se il pieno proprietario sottopone ad ipoteca la nuda proprietà, o il nudo usufrutto, ma anche nelle ipoteche legali e giudiziali in quanto alla sola iscrizione, come se per errore s'iscrivono sulla nuda proprietà o sul solo usufrutto in danno di chi è pieno proprietario. La scuola francese ed italiana è divisa, esaminando la quistione nel solo rispetto delle ipoteche convenzionali, ed omettendo di ragionare della validità o nullità di siffatte iscrizioni nelle ipoteche legali e giudiziali.

Il pieno proprietario può disporre separatamente della nuda proprietà o del solo usufrutto, e l'una può essere spropriata indipendentemente dall'altro. Non vi è disposizione la quale vieti al pieno proprietario d'ipotecare distintamente la nuda proprietà e il nudo usufrutto: anzi la legge permette d'ipotecare l'immobile e l'usufrutto.

Se non vi è ragione giuridica che si opponga alla distinta costituzione d'ipoteca, ragioni economiche consigliano che non si tolga questa libertà al pieno proprietario dell'immobile, il quale se può crear la distinzione alienando, può anche crearla ipotecando, frazionando uno degli elementi della proprietà. L'iscrizione poi è condizione essenziale dell'ipoteca.

Digitized by Google

L'opinione contraria dovrebbe far dichiarare nulla anche l'iscrizione erroneamente presa delle ipoteche legali e giudiziali. Il che pare a noi assai grave, mentre l'errore non dovrebbe produrre altro effetto che quello di ridurre la iscrizione al solo usufrutto o alla sola proprietà, secondo che si è presa sull'uno o sull'altra.

10. I diritti di uso e di abitazione non possono essere nè ceduti nè affittati per la loro essenza: art. 528; per cui non possono essere ipotecati.

Il dominio diretto ed utile possono essere venduti a titolo oneroso e gratuito: art. 1557, 1562; per cui possono essere ipotecati.

L'enfiteuta può sempre redimere il fondo enfiteutico mediante il pagamento di un capitale in danaro: art. 1564. Nel qual caso le ipoteche iscritte contro il domino diretto si esercitano sul prezzo di affrancazione, ritenendo essere avvenuta una surroga reale, art. 1567.

Può estinguersi l'enfiteusi o per devoluzione o per la scadenza del termine fissato all'enfiteusi. Le ipoteche iscritte sul fondo enfiteutico in danno dell'enfiteuta, svanendo sopra esso, si esercitano non pertanto sul prezzo delle migliorazioni qualora gli fossero dovute.

E se non ve ne sono, le ipoteche iscritte sul dominio diretto si estendono anche sul dominio utile, il quale si considera come un accrescimento ed un'accessione del diritto del concedente. L'utile non vi è più.

Le servitù prediali consistono nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario; art. 531: sono accessioni di fondi dai quali non si possono distaccare; non possono essere dunque ipotecate distintamente dal fondo al cui uso ed utilità son destinate.

Le azioni che tendono a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi possono essere cedute; art. 1538, 1545, 1546: ma non possono essere ipotecate. Benvero possono essere ipotecati gl'immobili e i diritti capaci d'ipoteche che con esse s'intendono ricuperare, poichè è lecito di ipotecare un immobile o un diritto capace d'ipoteca, sebbene non sia nel momento della costituzione d'ipoteca nel possesso del debitore. L'ipoteca svani-

Digitized by Google

sce o si conferma secondo l'esito del giudizio, il cui effetto si retrotrae al tempo nel quale è nato il diritto che la sentenza dichiara; art. 1976.

11. La demanialità delle cose pubbliche imprime alle medesime speciali qualità e speciali effetti, quanto alla loro destinazione, all'uso ed al servizio pubblico e quanto alla loro soggezione ad un correlativo *regime* di polizia e di amministrane. Ma avendosi ragione di questo prevalente diritto, niente vieta al governo di concedere sopra gl'immobili del pubblico demanio speciali diritti se possono coesistere colla sua destinazione.

La temporanea durata della concessione e la sua risoluzione non sono ragioni valevoli ad impedire la costituzione di un'ipoteca, la quale svanisce e si risolve al pari della cessazione e della risoluzione del dominio privato. Onde la concessione di tutte le costruzioni per le saline, per la pesca, per i bagni e per qualunque altra speculazione fatta, di derivazione di acqua, di stabilimenti per molini ed altri opifici, di canali artificiali, d'irrigazione, di cantieri navali metallurgici sul lido del mare, sui fiumi e sui torrenti può ipotecarsi se l'oggetto è capace d'ipoteca.

12. È grave quistione se le ferrovie possano essere ipotecate.

Le strade ferrate sono pubbliche o private.

Sono pubbliche quelle destinate ad un servizio pubblico pel trasporto di persone, di merci, o d'altra cosa.

Sono private quelle che un privato od una società costruisce *esclusivamente* per l'esercizio permanente o temporaneo di un commercio, di un'industria, o di un uso qualunque suo proprio.

L'ingerenza del Ministero dei lavori pubblici per la costruzione e l'esercizio di queste strade, è limitata a quanto concerne l'igiene e la sicurezza pubblica, se corrono esclusivamente su terreni appartenenti a chi le costruisce, senza intersecare od in alcun modo interessare alcuna proprietà pubblica o privata. Ma se toccano in qualsivoglia modo le proprietà altrui, le pubbliche vie di comunicazione, corsi di acqua, pubblici abitati ed ogni altro sito od opera pubblica, i piani esecutivi debbono

Digitized by Google

essere preventivamente approvati dal Ministero: articoli 206, 207, 208 (1).

Essendo le strade private immobili che si possono vendere, non vi è ragione d'impedirne l'ipoteca.

Potrà sorgere solamente quistione, se debbano considerarsi come accessioni del fondo sul quale corrono e al cui uso inservono, o debbono considerarsi come immobili a sè, indipendenti dal fondo, per decidere se possano ipotecarsi col fondo come accessori del medesimo o possano essere separatamente ipotecati, come cose dal fondo indipendenti. Il che si riduce ad una quistione di fatto, che deve essere definita secondo le regole generali di dritto.

La costruzione delle ferrovie pubbliche ed il loro esercizio non possono essere concessi che per legge: art. 246.

L'atto di concessione sarà basato sopra un capitolato o preventivamente approvato per legge o stipulato dal Ministero per promuovere la sanzione legislativa della concessione: art. 246.

Le concessioni delle ferrovie pubbliche si fa per un tempo determinato, alla scadenza del quale lo Stato sottentra ai concessionari nell'esercizio di tutti gli utili e prodotti degli stabili, ed opere costituenti le ferrovie concesse e le loro dipendenze; ma i concessionarii conservano, oltre le azioni reali, la proprietà degli oggetti mobili: art. 248, 249.

È notevole l'articolo 295: « Quando la concessione della costruzione ed esercizio di una ferrovia pubblica sia stata fatta a favore di un individuo o di una società in nome collettivo, o di una società in accomandita, sarà sempre in facoltà del concessionario di cedere ad una società anonima i diritti e le ragioni che gli competono tanto per la costruzione quanto per l'esercizio e manutenzione. In tale caso la società anonima dovrà costituirsi con un capitale che sarà determinato dal governo e sarà retta da uno statuto che dovrà essere sottoposto all'approvazione del governo medesimo in conformità delle leggi sulla materia ».

A noi pare evidente che, quando la ferrovia appartiene allo

---

(1) Legge pei lavori pubblici dei 8-9 marzo 1865, allegato *F*.

Digitized by Google

Stato, per ipotecarla è necessaria una legge, alla stessa guisa che è necessaria una legge per alienarla.

È notevole la legge del 29 luglio 1879, la quale stabilì, che su tutte le linee ferroviarie del regno, le quali, a partire dalla publicazione della legge, fossero dallo Stato costruite e rimanessero proprietà dello Stato, fosse costituita un' ipoteca legale a garantia dei titoli da emettersi, senza la formalità dell' iscrizione. (1)

Il dubbio nasce quando la ferrovia sia stata costruita dal concessionario con suo danaro e per suo conto, o glie ne sia trasferita la proprietà ed il possesso o dallo Stato o con assentimento dello Stato; sicchè sia divenuto proprietario e possessore del suolo, del suo armamento, del materiale mobile e di ogni sua dipendenza.

Cannada Bartoli nel volume secondo del sistema ipotecario italiano § 165 ne fa una lunga trattazione sotto l' aspetto storico e razionale, nè noi intendiamo ripetere tutto quello che egli espone, limitandoci a poche osservazioni.

Il diritto che ha lo Stato di riscattare la ferrovia pubblica, e la temporanea durata della concessione non possono essere di ostacolo alla concessione di un'ipoteca, perchè il Codice civile permette la ipoteca dei beni del debitore sebbene sia proprietario temporaneo dell'immobile, o sotto condizione risolutiva. La ipoteca seguendo la condizione della proprietà, si risolve ancor essa o cessa, scaduto il termine.

La poca utilità di tale ipoteca deriva dalla difficoltà, nella quale è il creditore ipotecario di far valere i suoi diritti, ossia quello di prelazione sul prezzo per causa della sua destinazione ad un pubblico servizio. Tale diritto non può esercitarsi che quando la proprietà della ferrovia si è convertita in prezzo per virtù di spropriazione o della purgazione della medesima dalle ipoteche.

Non crediamo possibile la spropriazione forzata di una pubblica ferrovia da parte dei creditori del concessionario se il governo s'opponga, perchè essendo destinata ad uso pubblico, la

---

(1) Le ferrovie percorrendo più provincie, la iscrizione avrebbe dovuto farsi nell'uffizio d'ipoteca di ciascuna provincia.

Digitized by Google

persona del concessionario è una condizione essenziale, tale che non possa essere sostituita senza il beneplacito dello Stato. Onde la vendita di una ferrovia non potrebbe seguire secondo le norme ordinarie della procedura civile ad istanza di un creditore, secondo le quali chiunque può rendersi offerente all' asta. Il che non può essere permesso per le ferrovie, perchè vi è l' interesse primario dello Stato. Non è già che ripugni alla natura delle ferrovie la loro vendita all' asta. Tanto che il governo si è riservato di farle mettere all'asta in casi e modi determinati, art. 253 e seguenti della legge sopra i lavori pubblici. Ma ciò conferma il principio che niuno possa provocarne la vendita nei modi ordinarii col dissenso del governo.

Se il concessionario è autorizzato a cedere liberamente la proprietà e il possesso della ferrovia, l'acquirente non può subire l' azione ipotecaria se paghi liberamente il prezzo, per lo stesso principio che non è possibile la vendita all' asta in suo danno nei modi ordinarii se il governo si opponga.

Quando il concessionario è autorizzato a cedere, con condizione di doversene pagare il prezzo in seguito del giudizio di purgazione, questo può avere il pieno suo effetto, se non vi sia offerta di prezzo. Ma se questo accade, l'impossibilità dell'asta può impedire la esecuzione della convenzione, secondo i casi, nei modi ordinarii.

Noi dunque riteniamo che le ferrovie, sebbene destinate ad uso pubblico, possono essere capaci d' ipoteche; ma queste son prive di effetto senza la permissione del governo e con quelle facoltà e modificazioni che la destinazione dell'uso pubblico consente. Nei casi, nei quali per qualunque siasi causa la ferrovia è convertita in prezzo, ed è possibile la graduazione nel modo stabilito dalla legge, non pare che il debitore o i creditori possano opporre la inefficacia delle ipoteche, essendo l'inefficacia di esse proveniente dal solo interesse dello Stato. Se un tronco di ferrovia, per esempio, cessa di farne parte per esservi sostituita un'altra linea, il tronco divenuto del tutto privato può essere venduto come ogni proprietà privata e le ipoteche hanno il loro pieno effetto.

12. L'ipoteca può vincolare i beni del debitore o di un terzo che li sottopone per sicurezza del credito altrui, diventando così

Digitized by Google

tenuto al pagamento del debito con la sola azione sul fondo, esclusa la personale.

Si traduce così in legge il principio del giureconsulto Marciano, *dare autem quis hypotecam potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena* (1).

Quali beni si debbono ritenere del debitore se presenti o futuri, sarà più utilmente dichiarato nel discorrere di ciascuna specie d'ipoteca.

13. L'articolo 1966 dispone così: « L'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato ». È una conseguenza del principio che il diritto d'ipoteca, essendo inerente ai beni si estende a tutte le accessioni.

L'articolo 2133 del Codice francese estende la ipoteca a *tutti i miglioramenti* SOPRAVVENUTI *nell'immobile ipotecato.*

L'articolo 2185 del Codice di Parma la estende alle *alluvioni* e a *tutti gl' incrementi* SOPRAVVENUTI *allo stabile ipotecato*:

Il Regolamento Pontificio nell'articolo 113 *a tutti gli accrescimenti ed a tutti i miglioramenti degl'immobili, quantunque provengano da cause naturali e dal fatto ed industria* DEL DEBITORE, *purchè i medesimi rimarranno presso di lui.*

E la legge toscana del 2 maggio 1836 *a tutti gli aumenti naturali ed industriali* SOPRAVVENUTI *nei fondi obbligati.*

Il Galdi esprime il timore che, sebbene il Codice italiano abbia con una più larga compilazione cercato di metter termine alle molteplici dispute sorte sul proposito, non vi sia riuscito. Egli fa notare che la parola *costruzioni* sarebbe conveniente, se non uscisse dalla sfera dei *miglioramenti* per entrare in quella degli *accrescimenti*; altrimenti la disposizione diverrebbe o esorbitante o ingiusta.

Il che c'impone di spiegare il contenuto di questo articolo 1966, mettendolo in relazione col principio dell'assoluta pubblicità, base del sistema del Codice italiano, che non è del tutto uniforme a quello dei Codici precedenti; sicchè si cadrebbe in

---

(1) L. 5, § 3, D. *de pign., et hypothec. et qualit. ea contrahuntur*, 20, 1.

Digitized by Google

errore se si volesse applicare senza discernimento la giurisprudenza formata sotto l'impero dei detti Codici.

L'articolo 446 dichiara, che tutto ciò che s' incorpora e si unisce alla cosa, appartiene per diritto di accessione al proprietario di essa. Onde le costruzioni, le piantagioni e le opere sopra o al disotto del suolo sono del proprietario.

Queste costruzioni, piantagioni od opere o sono state fatte dal proprietario con danaro e con materiali proprii; o con danari e materiali altrui; o pure sono state fatte da un terzo con materiali propri od altrui.

Allorchè le costruzioni, le piantagioni, le opere sono state fatte dal proprietario con danaro proprio e con propri materiali sul suolo proprio, sottoposto ad ipoteca, può sorgere rispetto all'estensione dell'ipoteca una mera quistione di fatto; che cosa cioè il debitore ha soggettato all' ipoteca; poichè non è vietato al proprietario di sottoporre ad ipoteca l' intera continenza di un immobile o parte di esso. Così se sul proprio suolo libero da ipoteche si è edificato un casamento composto di diversi piani, si può ipotecare l' intero casamento in tutta la sua continenza o pure ciascuno dei piani separatamente. Se ho un terreno che intendo invertire a costruzioni, posso ipotecarlo prima che avessi cominciato ad edificare, o pure dopo che avessi già costruito un primo ed un secondo piano. Stabilito con i patti dell'istrumento e colla specificazione fatta nell'iscrizione quale sia la cosa specialmente ipotecata, può sorgere la quistione di diritto, la quale deve essere risoluta secondo il nostro articolo.

Così nei casi proposti, se è stato ipotecato tutto il casamento nell'intera sua continenza, ogni miglioramento o costruzione, che ne formi parte integrante, è compreso nell' ipoteca. Se, per contrario, i piani sono stati distintamente vincolati, l'ipoteca si estende ad ogni miglioramento, costruzione od accessione del piano vincolato. Se il debitore sul terreno già ipotecato, edifica un casamento, la ipoteca si estende sul casamento, che si è incorporato col terreno. E se il casamento è già in parte edificato, ed è dimostrato in fatto che l'ipoteca siasi inteso dare sul terreno dove sono incominciate le fabbriche, sicchè quelle che già esistono son già comprese nell' ipoteca, questa si estende alle posteriori fabbriche.

Digitized by Google

Pare che nell' applicazione del diritto non possa sorgere alcuna difficoltà, ma può riuscir malagevole il determinare in fatto quale sia la cosa sottoposta alla ipoteca iscritta.

È indifferente poi per il creditore ipotecario, che il miglioramento, la costruzione od opera siasi fatta dal debitore con danaro e con materiali di un terzo, di buona o di mala fede. Il terzo, che ha somministrato il danaro, o a cui appartengono i materiali, non ha che un' azion personale contro il proprietario, e secondo il Codice italiano, se non abbia pattuita ed iscritta un'ipoteca, o pure non abbia iscritta un'ipoteca derivante da condanna, non può avere che la sola azione personale. La ipoteca che posteriormente acquista, iscritta che sia, prende grado dal dì della iscrizione, posteriore cioè a quella iscritta a vantaggio del creditore che ha l' ipoteca sulla cosa principale cui si è incorporato il miglioramento, la costruzione, o l'opera.

Se l'opera, il miglioramento, o la costruzione è stata fatta da un terzo con propri danari, con propri materiali o con quelli che ad altri appartengono, gli articoli 450 e 451 regolano le relazioni tra il proprietario e il terzo. Non è dubbio, che l'opera e il miglioramento e la costruzione sia del proprietario del suolo cui sonosi incorporati od uniti, ma nasce il quesito, se il proprietario debba avere il dritto di costringere il terzo a togliere le piantagioni, le costruzioni od opere, o pure debba conservarle, facendo indenne il terzo del valore dei materiali o dell'opera oppure dell'aumento di valore recato al fondo. Se il proprietario vuol conservare le opere, deve pagarle in uno dei modi anzidetti; e deve conservarle se il terzo sia possessore di buona fede. Anzi a questo terzo possessore di buona fede compete la ritenzione finchè non sia stato soddisfatto: art. 706.

14. È quistione non lieve, se il proprietario, che vuol conservare le opere fatte da un possessore precario come da un conduttore, un creditore anticretico, un usufruttuario sia tenuto a renderlo indenne.

Dicesi da un lato: che l'articolo 450 regola i soli rapporti derivanti dalle opere fatte sul suolo altrui da terzi che non abbiano alcuna relazione giuridica col proprietario del suolo: che esistendovi una relazione giuridica, questa deve essere regolata

Digitized by Google

secondo la natura del contratto che la produce: che l'usufruttuario il quale ha un diritto sulla cosa altrui non può pretendere indennità per miglioramenti che avesse fatti sul fondo ancorchè si fosse aumentato il valore della cosa: art. 495; e che tanto più il conduttore, il creditore anticretico ed ogni altro possessore precario non possono pretendere indennità per il valore dei miglioramenti. Costoro che sapeano di dover restituire la cosa al proprietario, li han fatti per goderne durante il contratto, col quale godimento si son rinfrancati della spesa occorsa per fare l'opera.

Si dice dall'altro lato; che la legge obbliga il proprietario che vuol conservare l'opera a rendere indenne il terzo, senza distinguere tra un terzo del tutto estraneo al proprietario o che gli sia legato per contratto; che il niego dell'indennità all'usufruttuario essendo speciale per costui, non può estendersi agli altri terzi che abbiano col proprietario una diversa relazione giuridica; che è principio di morale e di diritto informante tutto il Codice che niuno possa arricchirsi col danno altrui, e che questo principio deve sciogliere la quistione quando il contratto d'onde nasce la relazione giuridica non contenga una disposizione espressa o virtuale che non abbia voluto sancirlo. Se il proprietario vuol conservare il miglioramento, deve pagarlo.

15. Ma checchè sia di questa quistione sui rapporti tra il proprietario ed il terzo, ammesso che questi abbia diritto ad indennità per i miglioramenti, opere e costruzioni anche col diritto di ritenzione dell'immobile finchè non sia soddisfatto, a noi interessa di esaminare se e quale sia il diritto che il terzo possa avere contro il creditore ipotecario.

Pare a noi, che il Codice abbia decisa la quistione coll'articolo 2020 relativo agli acquirenti, terzi possessori molestati con azione ipotecaria. Ivi si stabilisce, che il terzo possessore abbia il diritto di far separare dal prezzo dell'immobile ipotecato la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo *la trascrizione* del contratto sino a concorrenza della minor somma che risulterà fra la spesa ed il migliorato al tempo del rilascio della vendita all'incanto. Non può invocare contro i creditori iscritti alcun diritto di ritenzione.

Da questo articolo si trae; esser negato ogni diritto al terzo

Digitized by Google

possessore di ritenere l'immobile migliorato finchè non sia soddisfatto; e non aver neanche il diritto di far segregare dal prezzo la indennità di quei miglioramenti che ha fatto prima della *trascrizione* del contratto.

Se il terzo acquirente dell'immobile ipotecato non ha diritto rispetto ai creditori iscritti di essere fatto indenne dei miglioramenti anteriori alla trascrizione del suo acquisto, tanto più non può pretenderli quel terzo possessore il quale sia o un possessore precario o pure un usurpatore, che non hanno potuto trascrivere.

Il Codice italiano non riconosce alcun privilegio sugl'immobili, tranne quello delle spese di spropriazione e del tributo dovuto allo Stato, alle provincie ed ai comuni, nè riconosce altro diritto di preferenza sugl'immobili che quello derivante da una ipoteca iscritta. Chi migliora il fondo altrui, chi costruisce sul medesimo non può, secondo il Codice italiano, pretendere rispetto ai terzi a prelevazione sul prezzo della cosa. Si son fatte due sole eccezioni: quella derivante dall' articolo 2020 relativa ai terzi possessori che abbiano trascritto il loro contratto di acquisto, e l'altra riferentesi ai creditori dell'enfiteuta, i quali conservano le loro ipoteche sul prezzo dovuto per i miglioramenti, art. 1567.

La pubblicità della ipoteca, imposta dalla necessità di render noti i vincoli sopra un immobile, e la certezza dell'oggetto dell'ipoteca che consiste nella specificazione dell'immobile, del quale forma parte tutto ciò che vi si s'incorpora e vi si unisce, ha prodotta la conseguenza di non dovere il creditore ipotecario tener ragione di diritti, rispettabili in sè, ma occulti, che spesso assorbono il valore degl'immobili.

16. Leggiamo nel volume secondo sul sistema ipotecario italiano (1) una sentenza della Corte di Cassazione di Firenze del 27 marzo 1884 così concepita:

« Le nuove costruzioni eseguite da un terzo, quando anche possegga lo stabile a titolo di locazione, recanti ampliamenti all'altrui edifizio, gli conferiscono il diritto di ripetere la minor

---

(1) Cannada Bartoli n. 90 pag. 82.

Digitized by Google

somma tra lo speso ed il migliorato: *tal diritto nel suo esercizio vuol considerarsi come succedaneo a quello di revindicazione* che non può in simile caso venir esercitato e contiene garantia analoga a quella del medesimo. Perciò sulla parte del prezzo dovuto al terzo costruttore i creditori del proprietario, aventi ipoteca precedente alle nuove costruzioni, non professano ragione alcuna, senza che occorra al terzo di avere iscritto il suo credito in via ipotecaria. Lo stesso sarebbe a dirsi anche a riguardo ai creditori aventi ipeteca di data posteriore, quando la medesima fosse stata a loro consentita esclusivamente dal proprietario. Se invece l'ipoteca è stata costituita, dopo gli ampliamenti fatti, dal proprietario e dall'autore di questi insieme a costui, non ha diritto di separazione o prelazione in confronto del creditore, il quale escludendo gli anteriori, concorre sul prezzo degl'incrementi ed insieme ad essi sul prezzo dello stabile. Se, introdotte ed adattate nell'altrui edificio, per proprio uso ed interesse cose mobili, come meccanismi industriali, il proprietario di esse le unisce a quelle del fondo per avere una sovvenzione, e riconoscendo entrambi, in confronto al sovventore, che le materie sono immobilizzate per destinazione al tempo del fondo, sottopongono in di lui favore ad ipoteca quella è questa insieme, tale ipoteca è operativa ed efficace appieno, dovendo però la immobilizzazione aversi per riconosciuta sui particolari riguardi di quel creditore e della sua ipoteca, non in quelli di altro creditore ».

La dottrina esposta dalla Corte nella predetta sentenza a noi pare contraria ai principii stabiliti dal Codice, ed offensiva del credito fondiario la cui base vien meno del tutto, se non sia certo l'oggetto dell'ipoteca.

Non vi ha che una doppia specie di azione, l'azione reale, (revindicatoria) e l'azione personale. La Corte ammette che il terzo, costruttore di un'opera sul suolo altrui, non abbia diritto a revindicarla, nè poteva non ammetterlo per il testo espresso degli articoli 450, 451 e 452; gli concede però *un succedaneo* nell'esercizio del suo diritto, che contiene una garantia analoga a quella della revindicazione. Non sappiamo, che cosa sia quest'azione succedanea a quella della revindicazione. Traducendo in linguaggio giuridico quello in che si riduce l'assunto della

Digitized by Google

Corte, il terzo costruttore ha un'azione personale contro il proprietario per avere il meno tra lo speso ed il migliorato garantito dal diritto di prevaler la somma dal prezzo della costruzione nel rispetto dei creditori. Il che significa avere un privilegio sul prezzo.

Ciò non gli è consentito dall'articolo 2020 del Codice, che contiene una disposizione che non si ha in nessun Codice precedente. Secondo la medesima, i creditori han diritto a negare al costruttore ogni diritto di ritenzione ed ogni prelevazione di quanto loro sarebbe dovuto dal prezzo della costruzione, se la medesima fosse stata fatta prima che avesse trascritto il suo titolo di acquisto.

L'articolo anzidetto riguarda il caso dell'esercizio dell'azione ipotecaria contro il terzo possessore del fondo ipotecato, che ha fatto la costruzione nel fondo divenuto già sua proprietà, e pure limita il suo diritto al valore dei soli miglioramenti posteriori alla trascrizione del suo titolo di acquisto. Niun diritto gli è riconosciuto di ripetere, rispetto ai creditori, il valore delle costruzioni fatte prima della trascrizione, perchè riguardo ad esse non esisteva che l'antico proprietario non solo del fondo ipotecato qual era nel momento della iscrizione delle ipoteche, ma con tutte le sue accessioni, quali sono i miglioramenti e le costruzioni da chiunque fatte, ai quali la ipoteca si è estesa per la disposizione contenuta nell'articolo 1966.

Il diritto di prelevazione ossia il privilegio, che la Corte di Cassazione concede al costruttore, non è stabilito da alcuna disposizione di legge ed è contrario al sistema del Codice, il quale ha abolito il privilegio a favore del sovventore *ad rem reficiendam*, e degl'*intraprenditori* che l'hanno rifatta o ricostruita col proprio danaro, per il danno che il loro privilegio, anche iscritto, arrecava alle ipoteche precedentemente iscritte e con solenni discussioni fu dichiarato non potersi riconoscere, rispetto ai creditori alcun diritto degli autori dei miglioramenti negl'immobili ipotecati che facessero a qualunque titolo, sia per proprio interesse sia che assumessero volontariamente la gestione degli stessi creditori. Ciò richiedeva la tutela del credito ipotecario, rispetto al quale il valore del fondo deve essere quello che appare con tutto ciò che vi si è incorporato ed unito, non dovendosi sul me-

Digitized by Google

desimo riconoscere che quei soli vincoli ipotecari che sono iscritti e secondo il grado della iscrizione, e quei soli diritti reali che sono acquistati in conformità della legge sulla trascrizione.

Deriva da ciò:

che il creditore iscritto prima che la costruzione sia eseguita dal terzo sul suolo altrui, esercita il suo diritto ipotecario anche sul prezzo della costruzione come appartenente al suo debitore, senza che l'autore dell'opera avesse il diritto di domandare la prelevazione del meno tra lo speso e il migliorato;

che il creditore iscritto dopo che la costruzione è stata eseguita esercita, come il precedente creditore, il suo diritto ipotecario anche sul prezzo della costruzione, purchè il terzo costruttore non si abbia fatto concedere un'ipoteca sulla novella costruzione e l'abbia iscritta anteriormente;

che il creditore iscritto sul fondo, cui le macchine date dal terzo e non pagate sono state incorporate, esercita il diritto sul prezzo delle medesime, salvo il diritto del venditore di esercitare l'azione revindicatoria nei modi e nei termini stabiliti dall'articolo 1513.

La Corte di Cassazione di Torino ha avuto occasione di dichiarare: che l'ipoteca si estende anche alle costruzioni sull'immobile ipotecato, ancorchè fatte dal terzo possessore il quale ha l'azione personale per l'indennità: che le ipoteche iscritte sul nudo terreno si estendono e mantengono la loro anteriorità anche sull'edifizio posteriormente costrutto: che il terzo che ha fatto piantagioni e costruzioni sul fondo altrui, se può dimandare che il proprietario scelga, o di tenerle per sè o di autorizzarlo a levarle, non può altrettanto pretendere dai creditori ipotecari, i quali per solo effetto delle loro ipoteche hanno acquistato il diritto di godere delle accessioni comunque avvenute, al fondo. (1) Principii son questi che interamente accettiamo, e che vieppiù mettono in evidenza l'assoluta pubblicità dell'ipoteca a garantia del credito fondiario (2).

---

(1) 23 luglio 1878; 4 giugno 1873, 14 sett. 1876.

(2) Consulta pure la sentenza Corte di Cass. di Roma del 12 luglio 1880, di Saverio e Ceconecchia.

Digitized by Google

17. Per dare valevole aiuto all' incremento dell' agricoltura la legge dei 23 gennaio 1887, n. 4274 (3.ª serie) ha concesso l'esercizio del credito agrario agl'istituti di credito ordinario, a casse di risparmio e ad altre associazioni determinate. Fornendolo di privilegi deroganti al diritto civile ed alle leggi fiscali, i mutui ipotecari possono assumere la qualificazione e gli effetti di privilegiati se sieno stati fatti dalle succennate persone a favore dei proprietari e dei domini utili dei terreni nel fine di migliorarli o trasformarne le colture.

Sono riguardati come miglioramenti o trasformazioni:

1. la costruzione dei fabbricati destinati all'alloggio dei lavoratori e delle loro famiglie, al ricovero del bestiame, alla conservazione delle scorte e dei prodotti agrari ed alla prima manipolazione di questi;

2. i prosciugamenti e le irrigazioni;

3. la conduttura di acqua e la escavazione dei pozzi per uso degli uomini e degli animali;

4. la piantagione delle viti e degli alberi fruttiferi nei terreni nudi, siano arativi siano saldi, e nei terreni cespugliosi o boscosi non vincolati.

5. la livellazione ed orientamento dei terreni, la costruzione di strade agricole, il rettifilo ed arginatura da torrenti e fiumi.

6. tutte le altre operazioni le quali, sentito il consiglio di agricoltura, nel regolamento saranno dichiarate atte ai miglioramenti agrari ed alla trasformazione delle colture.

L'articolo 6 del regolamento dispone: « Oltre gli scopi indicati nell'articolo 18 della legge, i mutui ipotecari ai quali si riferisce la legge medesima, possono essere consentiti, quando le somme vengano impiegate in una delle operazioni seguenti:

Il ricingimento dei fondi in qualunque modo anche con isteccati.

Le fognature e le sistemazioni degli scoli.

La piantagione dei vigneti, oliveti, gelseti ed agrumeti.

La introduzione delle culture intensive con il corredo delle accessorie emancipazioni.

L'ammendamento dei terreni, le colmate di monte e di seno.

Digitized by Google

Le strade forestali, i rimboschimenti, la costruzione dei maceratori per piante tessili ».

Il principio razionale di cotal privilegio è il seguente.

Il proprietario che vuole migliorare il terreno, impiegandoci le somme necessarie delle quali difetta, può ricorrere al mutuo ipotecario, allorchè il terreno non è ad altri ipotecato o pure è ipotecato per una somma, la quale non assorbendo tutto il valore del terreno, lascia tanto eccesso da poter agevolmente soddisfare la somma che richiede.

In tali casi, la ipoteca essendo sufficiente a garentire la somma che richiede, egli rinviene con facilità una somma così garantita.

Ma il terreno può essere ipotecato di guisa che chi somministrar deve la somma, non è sicuro di essere soddisfatto col prezzo del fondo che rimane, pagate le precedenti ipoteche, anche quando il suo danaro sia impiegato a migliorare il terreno ed accrescerne il valore. Imperocchè tale maggiore valore per virtù dell'articolo 1966 è soggetto alle ipoteche già precedentemente iscritte che possono assorbirlo in tutto o in parte.

Questo difetto di capitali di chi ha già vincolato il suo terreno ne impedisce il miglioramento possibile, col danno dell'agricoltura in genere, del proprietario in ispecie e dei possessori di capitali senza alcun beneficio dei creditori iscritti sul terreno, anzi senza che avessero la prospettiva di un possibile vantaggio nel caso che il valore dei miglioramenti eccedesse l'ammontare delle somme somministrate, sicchè, pagato il mutuo prilegiato, vi fosse un sopravanzo. A conciliare questi interessi la legge sul credito agrario divide in due il valore del terreno: quello del momento nel quale si vogliono sul terreno cominciare i miglioramenti, e il valore di detti miglioramenti. Il primo valore è assegnato ai creditori iscritti; il secondo è concesso ai creditori che hanno somministrato le somme impiegate nei miglioramenti sopra il maggior valore del terreno per effetto di questi miglioramenti.

Sicchè nel concorso dei creditori ipotecari e del creditore ipotecario privilegiato, i primi son collocati secondo la data della iscrizione sul prezzo originario del fondo, ed il secondo sul valore dei miglioramenti con prelazione ai creditori ipotecari precedenti.

Digitized by Google

Affinchè cotale principio non porga origine a frodi si richiedono le seguenti condizioni: 1. che il mutuo ipotecario sia fatto dall' istituto o associazione autorizzata a fare prestiti agrari; 2. che sia fatto a favore da un proprietario pieno o utile di terreni; 3. che sia determinato con esattezza il valore del terreno prima d'intraprendere i miglioramenti; 4. che le somme sieno effettivamente impiegate nei miglioramenti, terminati i quali debba farsene l'estimazione nel meno tra la spesa e il migliorato.

Stipulato il mutuo ipotecario tra il proprietario e l' istituto e presa la conveniente iscrizione, un perito nominato dal Presidente del tribunale valuta il terreno, e terminati i lavori valuta l'importare dell'aumento dal valore dal fondo risentito per effetto del mutuo ottenuto dall' Istituto. La prima perizia si deve dal proprietario del fondo pubblicare nel Bollettino della provincia ove sono situati i beni, per due volte consecutive, alla distanza di una settimana l'una dall'altra, affinchè gl'interessati ne prendano cognizione e facciano opposizione se occorra.

I lavori non possono cominciare che un mese dopo la seconda pubblicazione senza che sia avvenuta alcuna opposizione. Se nella provincia ove son situati i beni non v' è bollettino, la pubblicazione deve farsi nel Bollettino della provincia vicina. La seconda perizia dovrà egualmente essere annunziata e pubblicata, la quale si avrà come irretrattabile, decorso un mese dall'ultima pubblicazione senza opposizione. La somma del credito privilegiato non può eccedere il valore verificato con la seconda perizia, riducendosi a quel di più di valore che aveva il fondo al tempo della vendita per effetto dei lavori eseguiti sul medesimo.

Il danno che cotal procedimento può arrecare ai creditori iscritti è che la loro garentia ipotecaria si estende sul prezzo del terreno non quale potrebbe risultare dalle vicissitudini dell' asta, ma quale viene valutato da un perito. I creditori sono avvisati delle perizie non individualmente, ma mediante una duplice pubblicazione nel bollettino con facoltà fra un mese di fare opposizione.

Ma hanno il vantaggio che stabilito definitivamente il valore del fondo, qualunque sia il prezzo che si ricava dall'asta, essi hanno su quel prezzo definitivamente stabilito la prelazione de-

Digitized by Google

rivante dal grado della iscrizione, e soddisfatti che siano sul medesimo, sul residuo si esercita e l'ipoteca e il privilegio dell'Istituto. E qualora questo residuo sia esuberante, di esso si vantaggiano ancora quei precedenti creditori iscritti che non sono giunti ad esser soddisfatti, per effetto dell'articolo 1966 che riprende il suo impero.

L'istituto poi che ha fatto il mutuo ipotecario, privilegiato sopra il valore dei miglioramenti, passa il pericolo di rimanere non soddisfatto, se il valore del terreno sebbene migliorato non eccede di tanto il valore originariamente valutato quanto basti a soddisfare i precedenti creditori iscritti, o pure l'avanzo non raggiunge la somma mutuata per i miglioramenti. Il che non di rado può avvenire, fondando la probabilità della soddisfazione sopra il giudizio di periti nei quali chi scrive non ha alcuna fiducia, e sopra la onestà del mutuatario.

Questa legge del 23 gennaio 1887 non è stata applicata, nonostante gl'incoraggiamenti da parte del governo e dei giornalisti, per i vizî che contiene.

Non si è trovato alcuno istituto di emissione, o cassa di risparmio, o associazione di proprietari, che abbia voluto intraprendere l'esercizio del credito, e par che difficilmente si trovi chi voglia intraprenderlo colla certezza o del fallimento, o di non fare operazioni.

La necessità di una legge intesa a concedere un privilegio sul valore dei miglioramenti a coloro che hanno somministrato le somme impiegatevi dimostra con chiarezza la estesa intelligenza che debba darsi all'articolo 1966 del Codice civile messo in relazione coll'articolo 2007.

18. L'ipoteca si estende anche alle accessioni dell'immobile ipotecato dipendente da cause naturali. Tali sono gli accrescimenti per alluvione, ossia che si formano successivamente ed impercettibilmente nei fondi posti lungo le rive dei fiumi o torrenti, art. 453; il terreno abbandonato dall'acqua corrente, che insensibilmente si ritira da una delle due rive portandosi sull'altra, art. 454; la parte staccata per istantanea forza da un fondo aggregata ad un fondo inferiore o della riva opposta, articolo 456; le isole ed unioni di terra appartenenti ai proprietari

Digitized by Google

fronteggianti, art. 458; e l'alveo abbandonato spettante ai proprietari delle due rive, art. 461.

Ma non si estende agli accrescimenti dell'immobile, quando derivino da acquisti posteriori fatti dal debitore, ancorchè fossero contigui, e dal debitore uniti col fondo ipotecato con recenti ed altre opere artificiali; arg. dall'art. 847. Sono oggetti distinti dal fondo ipotecato, ancor essi soggetti ad ipoteche distinte. Se poi l'ipoteca costituita ed iscritta dopo gli acquisti fatti comprenda il fondo nel suo stato originario, o quale è divenuto dopo gli acquisti e le opere fattevi è una quistione di fatto che deve essere risoluta secondo gli articoli 1987 n. 7 e 1898.

La Corte di Cassazione di Napoli con sentenza del 17 maggio 1883, ritenne che la ipoteca iscritta sopra la estensione di un fondo indiviso minore di quella che risulti dalla divisione si estende all'intero fondo, quante volte la quantità non precisamente indicata nella iscrizione ed assegnata al coerede debitore formi un sol tutto coll'altra espressamente ipotecata. E ciò sul fondamento dell'articolo 1034 del Codice civile.

È una quistione più di fatto che il diritto che decise la Corte di Cassazione.

19. È antica quistione, se l'ipoteca sulla nuda proprietà di un immobile si estenda sull'usufrutto colla medesima consolidatosi ed il giureconsulto Paolo non dubitò dell'affermativa. *Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus, qui postea accreverit, pignori erit* (1). La riunione dell'usufrutto colla proprietà, è riguardata come un miglioramento, come un'accessione.

Per contrario la ipoteca dell'usufrutto non si può estendere sulla proprietà, per la stessa ragione che il vincolo dell'accessorio non può estendersi al principale.

Ma quale sarà la condizione dei creditori iscritti sulla nuda proprietà o iscritti sul nudo usufrutto nel caso della riunione di entrambi nella stessa persona?

Di ciò tratteremo nell'illustrare il titolo relativo alla estinzione delle ipoteche, con cui la quistione è principalmente connessa.

---

(1) L. 18, § 1 De pignorat. act. XIII, 7.

Digitized by Google

20. Un gran miglioramento ha introdotto il Codice italiano coll'estendere il principio della surroga del prezzo alla cosa in casi determinati che dicesi surroga reale.

Già precedentemente abbiam riportato quella dell'affrancazione del dominio diretto e del prezzo dei miglioramenti dovuti all'enfiteuta, se cessa la enfiteusi per devoluzione, o scadenza del termine.

Le ipoteche dei creditori iscritti sul dominio diretto o sul fondo enfiteutico, si risolvono, rispettivamente, sul prezzo dell'affrancazione o dei miglioramenti: art. 1567 (1).

Se la cosa ipotecata è perita o deteriorata, l'ipoteca sopra la medesima iscritta si esercita sul prezzo dovuto dall'assicuratore per indennità della perdita o del deterioramento se non viene impiegato a riparare la perdita o il deterioramento. Gli assicuratori però son liberati se passano trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento senza che siasi fatta opposizione: art. 1951.

Nel caso di spropriazione per pubblica utilità della cosa ipotecata, o d'imposizione di servitù sulla medesima, anche per pubblica utilità, le ipoteche iscritte si esercitano sul prezzo; art. 1951.

Avremmo desiderato una maggiore estensione del principio, come nel caso d'ipoteca sulla cosa comune di un partecipante, che nella divisione non ricadesse nella sua quota: art. 670. La legge belgica vi surroga la quota che al partecipante venga attribuita in luogo di quella che egli abbia specificatamente ipotecata. Il che pare a noi molto equa, non offendendo tale provvedimento il diritto degli altri creditori.

---

(1) È quistione non lieve se il prezzo dei miglioramenti dev'essere depurato dei canoni arretrati. La Corte di Cassazione di Napoli ha ritenuto l'affermativa; il che sebbene sia stato censurato dal Bianchi, a noi par giusto, perchè il domino diretto deve all'enfiteuta quei miglioramenti che ha fatto col proprio danaro, non quelli che si presume di aver fatto con quello che doveva al domino diretto. Il che è confermato dal diritto concesso ai creditori dall'articolo 1565.

Digitized by Google

CAPO SECONDO

Della distinzione delle ipoteche

SOMMARIO

1. Ipoteca legale: *A.* A favore degli alienanti *B.* A favore dei condividenti: *C.* A favore dei minori e degl'interdetti. *D.* A favore della moglie sopra i beni del marito. *E.* A favore dallo Stato per le spese contro i condannati. *F.* A favore dei creditori e dei legatari sopra i beni della successione.
2. Dell'ipoteca giudiziale.
3. Se la condanna al rendiconto produca ipoteca.
4. Dell'ipoteca nascente dalle sentenze degli arbitri, ed estere.
5. Della ipoteca giudiziale sopra i beni di un'eredità beneficiata o giacente.
6. Se sia valida l'ipoteca giudiziale dopo la cessazione dei pagamenti.
7. Se siano giuste le ragioni per le quali si pretende l'abolizione delle ipoteche giudiziali.
8. Dell' ipoteca convenzionale.
9. Del divieto d' ipotecare i beni futuri.
10. Se si possa impugnar la ipoteca della cosa altrui.
11. Possono darsi in ipoteca gl' immobili, ancorchè dipenda il dritto sopra i medesimi da titolo annullabile o sottoposto a condizione: illustrazione.
12. Se il debitore, in cui danno si è trascritto il precetto, possa ipotecare l' immobile da subastarsi.
13. L' erede apparente può ipotecare.
14. Il partecipante può ipotecare.
15. Come deve costituirsi l' ipoteca.
16. L' ipoteca deve essere speciale.
17. Del perimento e della deteriorazione dell' immobile.
18. Della ipoteca sulle rendite nominative iscritte sul Gran Libro del debito pubblico.
19. Se le cartelle fondiarie nominative possono essere ipotecate.

1. L'ipoteca si costituisce o dalla legge o dalla sentenza o dalla volontà del debitore: onde vi è una triplice specie d' ipoteche, legale, giudiziale, convenzionale: art. 1968.

Hanno ipoteca legale, senza necessità di alcuna stipulazione.

Digitized by Google

A) Il venditore od altro alienante, sopra gl'immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione.

Il venditore per l'adempimento degli obblighi del compratore ha doppia azione, quella della risoluzione tacita od espressa e l'azione ipotecaria, oltre l'azione meramente personale.

La risoluzione del contratto è ristretta nei soli rapporti tra venditore e compratore: essa non pregiudica ai terzi che hanno acquistato diritti sugl'immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione, art. 1511.

Ha però l'alienante l'ipoteca legale sopra gl'immobili alienati, non privilegio, come disponevano le leggi precedenti. Se non che essendosi con l'articolo 1942 dichiarata inefficace ogni trascrizione od iscrizione anteriore alla trascrizione dell'atto di alienazione nel rispetto dell'ipoteca dell'alienante, questa viene ad essere sempre la prima ipoteca, se siasi iscritta sino al momento della trascrizione del contratto, vincendo tutte le ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del medesimo.

Se questa disposizione sia da approvarsi sarà osservato allorchè ragioneremo della iscrizione delle ipoteche.

Abbiamo scritto una monografia sulla vendita, nella quale si sono largamente discorse le guarentigie date al venditore dalla legge vigente, che può essere consultata da chi non è contento del limitato svolgimento qui dato alla materia (1).

Quello che si è detto del venditore si deve applicare anche al permutante, qualora sia il caso di applicare le regole della vendita, art. 1555, ed anche al donante, art. 1080.

B) I coeredi, i socii ed altri condividenti sopra gl'immobili caduti nell'eredità, società o comunione, per il pagamento dei rifacimenti e conguagli.

Non è loro concesso alcun *privilegio*, come facevano le antiche leggi: sicchè le ipoteche legali iscritte per conguagli e rifacimenti sulle quote dei coeredi e dei socii partecipanti loro attribuite nella divisione son regolate secondo la data dell'iscrizione (2).

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi, Vol. primo.

(2) Di ciò si è dubitato, ma la Corte di Cassazione di Napoli ha fatto osservare che l'articolo 1942 riguarda le sole alienazioni, fra le

Digitized by Google

Non hanno costoro alcuna ipoteca legale per gli effetti della garentia, che loro compete per legge o per patto, artic. 1035, non essendosi creduto conveniente di vincolare tutti gl' immobili di una eredità, di una società, o di una comunione, con un' ipoteca meramente eventuale. È bensì lasciata piena balìa alle parti di stabilire quelle garentie ipotecarie che reputano convenire ai loro rispettivi interessi. Il che avrebbesi dovuto fare anche per i rifacimenti e conguagli, e non limitarsi a togliere la sola qualità di crediti privilegiati.

Ipoteca siffatta è grave come quella della garentia della quota perchè cade sopra tutti gl'immobili dell'eredità, della società e della comunione. Procedendosi ad un' amichevole divisione, i condividenti come possono provvedere alla loro sicurezza per la garantia delle quote, del pari possono assicurare il pagamento dei conguagli e rifacimenti. E se la divisione fosse giudiziale, il condividente creditore per conguagli e rifacimenti ha l'ipoteca giudiziale. Se avesse voluto conservarsi l'ipoteca legale, avrebbesi dovuto darle i vantaggi dell'ipoteca legale dell'alienazione, limitandosi ai soli immobili toccati a colui cui è imposto il peso del pagamento dei conguagli e dei rifacimenti. Il che non appare chiaro dal modo come è compilato l'articolo.

Ma che s' intende per conguaglio e rifacimento?

Il conguaglio è definito nell'articolo 995: « l'ineguaglianza in natura nelle quote ereditarie si compensa con un equivalente o in rendite o in danaro ».

Ma può avvenire che non siasi tenuta nella composizione e nella distribuzione delle quote ragione di alcuni obblighi di un partecipante verso l' altro, non determinandosi in danaro o pure rimettendone ad altro tempo la liquidazione, d' onde può sorgere un diritto dell'uno verso l'altro di essere rifatto.

Non potendosi ciò comprendere sotto la espressione *conguaglio* si è aggiunto quella di *rifacimento*.

È qui da notare che il rifacimento ed il conguaglio, per i

---

quali non possono comprendersi le divisioni non soggette a trascrizione; per cui i rifacimenti ed i conguagli non hanno il vantaggio speciale delle alienazioni.

Digitized by Google

quali è concessa l'ipoteca legale, non devono necessariamente derivare dall'atto di divisione giudiziale o convenzionale, essendo sufficiente qualunque documento anche posteriore a quello di divisione. Il Codice italiano riguarda l'oggetto del credito, non l'atto che il provi, nè il tempo in cui l'atto si è compiuto; onde è sempre concessa l'ipoteca legale se il credito sia per sua natura *conguaglio* o *rifacimento*, da qualunque titolo derivi e contro tutti gl'immobili, se non sia limitata dall'azione personale.

C) Il minore e l'interdetto sopra i beni del tutore, specificati dal Consiglio di famiglia.

Il Consiglio di famiglia, qualora non dispensi il tutore dal dar cauzione, ne fissa la somma ed indica i beni del medesimo sopra i quali si deve iscrivere l'ipoteca legale: art. 292, 293, 329. La deliberazione del Consiglio deve essere omologata dal tribunale.

La legge dunque costituisce l'ipoteca a favore dei minori e degl'interdetti.

E poichè ogni ipoteca deve essere iscritta sopra beni specificatamente indicati, il Consiglio coll'omologazione del tribunale, li determina; art. 1969 n. 3.

Così non vien meno il principio della specialità delle ipoteche.

D) La moglie sui beni del marito per la dote e i lucri dotali.

Che cosa sia la dote e il lucro dotale è determinato dagli articoli 1388 e 1398.

L'ipoteca può essere limitata a beni determinati nel contratto di matrimonio, ma se i contraenti ciò non fanno, l'ipoteca legale ha luogo sopra tutti i beni che il marito possiede al momento in cui la dote è stata costituita. E poichè la iscrizione non può essere che specifica, s'impone al notaio di far dichiarare al marito la situazione dei beni da lui posseduti colle indicazioni espresse nell'articolo 1979.

Tanto nell'articolo 1969 n.° 4, quanto nell'articolo 1982 si parla di beni *posseduti* dal marito al momento in cui la dote è costituita; mentre l'ipoteca giudiziale s'iscrive su qualunque degl'immobili *appartenenti* al debitore.

Digitized by Google

Nasce naturalmente la quistione da questa diversità di locuzione, se siasi inteso di mettersi alcuna differenza tra i beni gravati dall'ipoteca dotale e quelli gravati dall'ipoteca giudiziale.

A noi pare che l'ipoteca dotale si estenda sopra i soli beni, che sono nel possesso del marito a titolo di proprietà nel momento in cui la dote è costituita, includendovi anche quelli ai quali la proprietà si aggiunge posteriormente, ed escludendosi quelli che gli possano provvenire posteriormente in possesso e proprietà per effetto di azioni di revindicazione, di nullità, di risoluzione, od altrimenti.

Così, se il marito posssiede a titolo di proprietà un immobile senza documento che ne dimostri la proprietà, l'acquisto che ne faccia della proprietà per prescrizione, si retrotrae al tempo in cui il possesso è cominciato ed è perciò gravato dall'ipoteca. Così del pari, se la proprietà, che possiede, sebbene sia contrastata con azioni di revindicazione, di nullità, o di risoluzione, diventi posteriormente irrevocabile per sentenza, o per rinunzia alla lite, o per transazione, è gravata dall'ipoteca legale.

Per contrario se il marito non possiede l'immobile, ma ha diritto a revindicarlo o farlo suo con altra azione, il possesso posteriormente che ne deriva, è libero dall'ipoteca legale.

Chi volesse indagar la ragione, per la quale si è messa differenza intorno a ciò tra l'ipoteca dotale e quella giudiziale potrebbe trovarla in questo: nella ipoteca dotale si tratta di determinare quali beni sono gravati dalla medesima al momento in cui la dote è costituita, e si è voluto statuirlo movendo da un fatto sensibile e legittimo quale è quello dei beni *posseduti* dal marito, senza andarsi più oltre ad indagarne la proprietà, e ciò anche per specificare la responsabilità di coloro a cui viene imposto l'obbligo di prendere iscrizione. Nella ipoteca giudiziale, l'ipoteca è già costituita dalla sentenza, la quale comprende i beni presenti e futuri, e si tratta solo di determinare in qual momento può essere iscritta, stabilendosi che possa essere iscritta sopra i beni appartenenti al debitore prima della condanna, ma rispetto a quelli acquistati dopo non possa prendersi che a misura che essi pervengono al debitore. Non si è creduto far distinzione tra beni posseduti e quelli dei quali si è proprietario senza

Digitized by Google

possederli, per non offendere l'ampio diritto derivante dall'ipoteca giudiziale, la quale estendendosi sopra i beni anche non posseduti, ma che si ha diritto di possedere, potrebbe essere vinta da ipoteche convenzionali iscritte nell'intervallo tra l'azione e la sentenza di revindicazione, di nullità e di risoluzione, la quale si retrotrae al momento che il diritto ha cominciato ad esistere.

Che se volesse ritenersi non esservi alcuna differenza di disposizione nella locuzione diversa adoperata per la determinazione dei beni gravati dall'ipoteca dotale e per la fissazione del momento nel quale può iscriversi l'ipoteca giudiziale, devesi la diversa compilazione attribuire a quella imperfezione che non è rarissima nella legge. Ciò che noto è: la diversità di locuzione, la ragione probabile di essa, e il niuno accenno nei lavori preparatori.

Quale poi sia l'estensione della ipoteca legale, può essere argomentata da ciò che il marito deve restituire, giusta gli articoli 1409 e seguenti, che si riferiscono non solo alla dote di quantità, ma ancora a quella di specie per gli effetti della sua amministrazione. Fra i quali effetti vanno anche compresi quelli dei quali potrebbe la moglie essere rifatta dai terzi coll'esercizio dell'azione di nullità o di revindicazione.

Su di che chi volesse più ampio svolgimento può consultare la nostra monografia sulla dote (1).

Quì basta notare che il marito, essendo amministratore della, dote di qualunque natura essa sia, art. 1399, deve rispondere verso la moglie di ogni danno proveniente da non esatta amministrazione, art. 1408.

È antica la quistione, se l'ipoteca dotale abbia la data dalla sua costituzione o da quella del suo ricevimento da parte del marito, ed è famosa la risoluzione datane da Papiniano meno pel suo contenuto che per le ragioni che ne adduce. (2) Non vi è interpetre antico e moderno che non esprima su ciò la sua opinione per farne l'applicazione a materie analoghe. Il Codice non

---

(1) Mirabelli, *Diritto dei terzi* vol. 2° n.° 17, pag. 345.

(2) L. 1, ff. Qui potiores in pig.

Digitized by Google

ha voluto la continuazione delle opinioni, dichiarando, che la costituzione della dote, conformemente all'opinione di Papiniano, segni il principio dell'ipoteca legale, sebbene il pagamento di essa abbia luogo posteriormente; imperocchè in quel momento il marito contrae l'obbligo di bene amministrarla; quale obbligo deve essere garantito sopra i suoi beni sino da quel momento. L'obbligazione del marito non è considerata meramente futura, ma condizionale. I terzi poi da questa risoluzione non ricevono alcun danno, perchè l'ipoteca non comincia a produrre il suo effetto che dal dì della iscrizione.

La costituzione di dote può comprendere anche i beni futuri della donna; art. 1389. Le somme dotali provegnenti da successione o donazione sono garentite dall'ipoteca legale sopra i beni posseduti dal marito nel giorno dell'apertura della successione o in quello nel quale la donazione ha avuto il suo effetto. Da quel momento nasce nel marito l'obbligo dell'amministrazione dei nuovi beni pervenuti alla moglie.

E questa garantia è anche limitata per la moglie del fallito, che era commerciante al tempo della celebrazione del matrimonio, o, se non avendo allora altra determinata professione, fosse divenuto commerciante nell'anno successivo. L'ipoteca legale non si estende in nessun caso ai beni pervenuti al marito durante il matrimonio per altro titolo che quello di successione o di donazione: art. 786 Cod. di comm.

La scuola italiana è discorde sulla questione, se la donna possa nel contratto di matrimonio rinunziare all'ipoteca legale, tra perchè la dote oggidì non va collocata tra le cose di pubblico diritto, e perchè non si son riprodotti gli articoli 2140 Cod. franc.; 2034 Due Sicilie; 2191 Cod. Parm.; 2159 Cod. Est.; §§. 138 Reg. Pont.; 2264 Cod. Albert. che vietavano tal patto.

A noi è parso che se la dote non forma più parte di pubblico diritto, è interesse della famiglia la sua conservazione, e la tutela degl'interessi delle famiglie delle quali si compone lo Stato, è interesse generale. Vi è poi l'articolo 1379, (1) che sur-

---

(1) Non si può restringere questo articolo ai soli diritti strettamente personali come fa l'articolo 1368 del Codice francese modificato dal nostro articolo 1379.

Digitized by Google

rogandosi agli articoli dei Codici precedenti decide la quistione; poichè si vieta agli sposi di derogare *ai diritti che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge*. E l'ipoteca legale è un diritto che la legge attribuisce alla moglie sopra i beni del marito per garantia della sua dote e dei lucri dotali. È sufficiente la libertà data agli sposi di limitarla a' beni da essi determinati.

Tale quistione è stata ampiamente trattata nella monografia sulla Dote (1).

E) Lo Stato sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia in materia criminale, correzionale e di polizia, compresi in essi i diritti dovuti ai funzionari ed agli uffiziali giudiziarii.

Non è necessario che per iscriversi l'ipoteca sia già avvenuta la condanna; basta il mandato di cattura.

L'ipoteca iscritta giova anche alle parti civili pel risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna.

Non giova però la iscrizione dello Stato alle spese dovute per la difesa. (2) Solamente la iscrizione presa per le spese della difesa, sebbene posteriore di data, è preferita a quella delle spese di giustizia ed al risarcimento dei danni.

La quale preferenza è stabilita nel fine di agevolare la difesa degl'imputati e degli accusati, che per lo più sono poveri.

F) I creditori ipotecari e chirografari ed i legatari sopra i singoli immobili della successione.

Il Codice non chiama ipoteca legale questo diritto dei creditori e dei legatari, ma vincolo derivante dalla separazione dei patrimonii. Essendo regolato da tutte le disposizioni relative all'ipoteca, costituisce una vera ipoteca legale sebbene non ne abbia il nome.

Sono assai discordi le opinioni della scuola italiana sugli effetti di essa, la quale discordia nasce dalla tradizione. A farla cessare abbiamo scritta una monografia, (3) costruendo, qual è secondo noi, il sistema italiano intorno alla natura ed agli ef-

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi, Vol. 2 pag. 394 n. 15.
(2) Cassaz. Napoli, 25 luglio 1887.
(3) Diritto dei terzi, Volume primo.

Digitized by Google

fetti della separazione dei patrimoni, che son quelli di una vera ipoteca legale, ma che produce però alcuni effetti speciali diversi dall'ipoteca comune.

2.° L'ipoteca giudiziale è quella che nasce da sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni a favore di chi l'ha ottenuta; art. 1970.

Non facendo la legge distinzione fra le diverse specie di sentenze, qualunque sentenza produce l'ipoteca, sia essa contumaciale, di prima o di seconda istanza, esecutiva o non esecutiva, purchè rimanga confermata in ogni grado di giurisdizione; poichè se fosse annullata o modificata in modo che originariamente non poteva produrre ipoteca, l'ipoteca già prodotta ed iscritta rimarrebbe priva di effetto: arg. dall'articolo 1996 (1).

Produce ipoteca la sentenza *portante condanna*, ma questa formola non è sacramentale. Si ammettono espressioni equipollenti: Tali sarebbero—*Dichiara Tizio obbligato a dare- tenuto a pagare a Caio la somma di.... Dichiara essere Caio nel diritto di esigere la somma di....*

Leggesi nella legge 59 D. de re jud. di Ulpiano (2):

In sententiis sufficit si expresserit judex summam solvique jusserit, vel praestari, vel quo alio verbo hoc significaverit. Il *comandare* equivale al *condannare.*

Chi è condannato a dare, a consegnare, a fare o a non fare, è tenuto al risarcimento dei danni tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto pel ritardo: art. 1225. Onde le sentenze portanti condanna a fare o non fare, a dare o consegnare, potendosi risolvere nel pagamento di danni, producono ipoteca.

Non voglio tacere di una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli del 1 maggio 1887, colla quale si riconobbe, che dichiaratosi il diritto di un cottimista ad avere come partecipazione di utili una parte di suoli derivanti da un'opera del riordina-

---

(1) Rivocata la sentenza in base alla quale è stata iscritta l'ipoteca, rimane questa necessariamente annullata, pel noto principio, *quod nullum est nullum producit effectum:* Corte Cass. Napoli 13 maggio 1886.

(2) Scaccia, de appell. quaest. 3, art. 2 n. 20.

Digitized by Google

mento d'una contrada, di cui è concessionario il committente, il Magistrato può bene ordinare che i beni sieno sottoposti ad ipoteca eventuale e temporanea, insino a che la liquidazione degli utili non venga fatta. I mezzi di assicurazione secondo che si rileva dall'articolo 1875 sono sempre dalla legge permessi, poichè la dichiarazione di un diritto diverrebbe una vana parola se si negasse il modo come tutelarlo.

3. Non si è concordi a decidere se la sentenza che condanna taluno al rendiconto produca ipoteca per il debito risultante dal conto.

Se chi è condannato a rendere un conto, non lo rende nel termine stabilito, l'autorità giudiziaria può ammettere chi lo ha chiesto, a determinare con giuramento la somma dovuta; art. 325 Cod. di proc. civ. *Può* ma non *deve*; può dunque dare altri provvedimenti, quali sarebbero la condanna ad una somma determinata se non si renda il conto.

Qualora il condannato renda il conto nel tempo stabilito o prorogato, ancorchè vi fosse stato astretto dalla necessità di liberarsi dal pagamento di una multa, la sentenza, che lo condannava, ha avuto il suo pieno effetto.

La condanna al rendiconto poteva risolversi nel pagamento della somma dei danni, ma non ha potuto risolversi nel medesimo, perchè il conto è stato renduto. Laonde l'ipoteca, forse iscritta in virtù di detta sentenza, rimane in tal caso priva di ogni effetto.

Ma se il condannato non renda il conto, questa sua obbligazione può risolversi in quella di pagare all'altra parte la somma, o in danni che consistono nelle risultanze che presuntivamente avrebbero potuto derivare dal rendiconto. Nel quale caso la sentenza, che condanna al rendiconto, si estende anche all'altra obbligazione in che può risolversi l'anzidetta condanna, cioè al pagamento delle somme dovute delle quali sarebbe risultato debitore se l'avesse renduto. Con tale distinzione pare che possa comporsi la tanto disputata quistione.

4. Le sentenze degli arbitri, essendo giudici scelti dalle parti, diventano *esecutive* per provvedimento dell'autorità giudiziaria: art. 24 e 25 Cod. di proc. civ., ossia hanno la virtù delle sentenze pronunziate dall'autorità giudiziaria. Per cui producono i-

Digitized by Google

poteca dal giorno in cui l'autorità giudiziaria le ha rese *esecutive*. La espressione *esecutive* è stata adoperata in senso largo; le sentenze ricevendo quella esecuzione, che la loro natura consente. L'autorità giudiziaria col suo provvedimento loro dà la forza, che hanno quelle da essa pronunziate, ma non ne cangia la sostanza. Possono essere provvisionalmente eseguibili, e, secondo i casi, non soggette ai gravami ordinari e straordinari con forme determinate; ma la ipoteca, che da esse può derivare principia dal dì che il Pretore o l'autorità che vi si surroga, emette il decreto che rende esecutiva la sentenza della natura di quelle indicate nell'articolo 1970.

Per la stessa ragione le sentenze pronunziate dalle autorità straniere non producono ipoteca sopra i beni situati nel regno, se non quando ne sia ordinata l'esecuzione dalle autorità giudiziarie del regno, salve le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali: art. 1973, ed art. 941 e seg. Codice di procedura civ.

5.° L'articolo 1971 ha corretto l'esagerazione del Codice francese, il quale dichiara nulla ogni iscrizione sopra i beni di una eredità beneficiata o di una eredità giacente (1). Adottandosi l'articolo 12, 9 messidoro, anno V, il Codice dispone che le sentenze di condanna non producono l'ipoteca giudiziale sopra i beni delle medesime. Sebbene l'articolo sia scritto in termini larghi, pure esso si riferisce alle sentenze, le quali si pronunziano dopo aperta la successione, lasciando che le condanne, non iscritte durante la vita del debitore, possano iscriversi anche dopo la sua morte. Comprende però tanto le sentenze profferite a favore di un creditore ereditario e dei legatarii, quanto quelle a favore di creditori dei coeredi, purchè non vengano queste in concorso fra loro, ma con i creditori della eredità iscritti o non iscritti che sieno. Qualora il concorso sia limitato fra i soli creditori dei coeredi, la qualità beneficiata della successione non viene ad esser riguardata, ritenendosi la proprietà dei beni come propria dei coeredi senza alcun rapporto di questi con i creditori ereditarii, e dei legatari, che han sempre diritto di preferenza.

---

(1) Su ciò torneremo.

Digitized by Google

6.° Si presumono fatti in frode dei creditori, e in mancanza delle prove contrarie sono annullati *rispetto alla massa dei creditori*, qualora sieno avvenuti posteriormente alla data della cessazione dei pagamenti, i pegni, le anticresi e *le ipoteche costituite su i beni del debitore* ».

L'articolo 710 del Cod. di comm. stabilisce:

« Le iscrizioni ipotecarie, prese in virtù di un titolo riconosciuto valido non sono comprese nelle disposizioni degli articoli precedenti, purchè siano anteriori alla sentenza dichiarativa del fallimento ».

Si è mossa nelle scuole e nel foro quistione, se fra le ipoteche costituite su i beni del debitore, dichiarate nulle per presunzione di frode relativamente alla massa dei creditori, sieno comprese eziandio le ipoteche giudiziali. Dotte memorie sono state scritte per sostenere nei giudizii l'una o l'altra opinione, e la giurisprudenza dei tribunali e delle corti di appello e, quello che più monta, delle diverse Corti di Cassazione, non è stata punto concorde. Non intendiamo fare sul proposito una lunga discussione, ma limitarci ad esporre i principii con i quali la controversia dovrebbe essere risoluta.

Innanzi tutto crediamo utile ricordare, che la ipoteca essendo stata costituita per garentire il soddisfacimento di una obbligazione, ne segue le sorti: per cui se l'obbligazione non esiste o è reputata fraudolenta rispetto alla massa dei creditori, è inefficace anche l'ipoteca. Non è di questa inefficacia, che l'art. 709 ha inteso disporre, essendo essa la conseguenza necessaria della qualità del credito; e, se il credito non esista o sia fraudolento, è giudicato con i criteri speciali indicati nello stesso articolo e nei precedenti. La inefficacia della quale dispone l'articolo, è quella che indipendentemente dalla parte del credito, deriva unicamente dall'essere stata costituita dopo la cessazione dei pagamenti diretta a garantire un credito ritenuto certo; tale, cioè, che dopo essersi riconosciuta la inefficacia dell'ipoteca, il creditore possa non pertanto far valere i suoi diritti fra i creditori, come semplice chirografario (1).

---

(1) La Corte di cassazione di Napoli ha ritenuto, che l'ipoteca costituita per garantire un credito nato dopo la cessazione dei pagamenti,

Digitized by Google

L'articolo 709 dichiara nulle le ipoteche *costituite* sui beni dei debitori dopo la cessazione dei pagamenti.

E siccome l'ipoteca si *costituisce* per legge, per sentenza, o per volontà delle parti, così essa comprende tutte le specie d'ipoteche, legali, giudiziali e convenzionali: art. 1964, 1968.

Se alcuna distinzione avesse voluto mettere tra le diverse specie d'ipoteche, alla espressione del genere *costituite* avrebbe dovuto sostituire quella di *consentite*, per limitarne la nullità alle sole convenzionali.

Alla lettera della legge è conforme il suo spirito.

Se per frode alla massa dei creditori s'intende la disuguaglianza che sarebbe prodotta dall'ipoteca costituita dopo la cessazione dei pagamenti, diversa da quella che esisteva al momento della cessazione, questa disuguaglianza accade per cagione di ogni specie d'ipoteca.

Se, dopo la cessazione dei pagamenti, il debitore consente alla *costituzione* d'ipoteca, si ammette che essa sia nulla per frode presunta alla massa dei creditori.

Il creditore, al quale il debitore non consente un'ipoteca, o a cui egli non intende rivolgersi per richiederla, può procurarsela da sè, ottenendo una sentenza di condanna del debitore, e conseguire senza il consenso del medesimo quella disuguaglianza, che la legge ha voluto impedire col dichiarar nulla la ipoteca derivante dalla sentenza.

Non è vietato ad ogni creditore di ottenere validamente la condanna del debitore anche dopo la cessazione dei pagamenti. La sentenza è un titolo valido, se i creditori non ne dimostrino la frode e la collusione col debitore. Ciò non pertanto la ipoteca che la sentenza produce è nulla relativamente alla massa dei creditori per frode presunta, valida in ogni altro caso, come se la massa siasi disciolta per concordato e sia cessato il fallimento.

Non bisogna confondere la condanna che porta la sentenza, con la ipoteca che produce, ed è per questa ragione che abbiamo

---

credito riconosciuto valido, non sia compresa nel divieto dell'articolo che si riferisce al solo caso, che il credito preceda la cessazione dei pagamenti. Corte di Cass. di Napoli, 5 agosto 1893; 20 dicembre 1894.

Digitized by Google

cominciato la presente trattazione coll' osservare la distinzione tra la validità del titolo di credito e quella dell'ipoteca, distinzione che la legge consacra nell' articolo 1971 nel caso di una eredità beneficiata o giacente, ove si dispone che la sentenza in tal caso non produce ipoteca sopra i beni che la compongono.

Se ciò accade nel caso di eredità giacente o beneficiata per impedire ogni disuguaglianza tra i creditori, tanto più il principio deve applicarsi nel caso di fallimento consistente nella cessazione dei pagamenti.

L'articolo 709 dichiara la presunzione di frode per i diversi atti formati tra creditore e debitore, ma non esclude una identica presunzione, quando vi concorre la sola volontà del creditore senza il consenso del debitore.

Il giudice chiamato a decidere sulla domanda di credito, l' ammette, se la trova giusta e ben verificata, anche nel caso che il debitore, lungi di aderirvi, la combatte. Ma il giudice non si estende ad esaminare e non potrebbe esaminare, anche sulla eccezione del debitore, se la sua sentenza debba produrre ipoteca o se debba produrla rispetto a determinate persone. Ciò è un fatto posteriore alla sentenza, del quale deve essere giudicato secondo i diversi casi, che possono occorrere, se voglia cioè esercitarsi sopra i beni di un'eredità beneficiata o giacente, o pure nel fallimento rispetto alla massa dei creditori, applicandosi nel primo caso l'articolo 1971 e nel secondo l'articolo 709 Cod. di comm.

Nella frode ordinaria si richiede anche che il debitore sapesse di recar danno coll'atto al quale concorre. Il concorso può essere positivo e negativo. Paolo nella l. 4 D. h. t. (42, 8) dice: « In fraudem facere videri etiam qui non fecit quod debet facere intelligendum est; id est si non utatur scrutatibus ». L' articolo 683 Cod. di comm. dice che il commerciante, che cessa di fare i suoi pagamenti, è in stato di fallimento.

L'articolo 686 *obbliga* il fallito entro tre giorni dalla cessazione a farne la dichiarazione nella cancelleria del tribunale. L'articolo 857 n. 3 dichiara colpevole di bancarotta il fallito che non ha fatta la dichiarazione suddetta. L' articolo 856 punisce il commerciante, che dopo la cessazione dei pagamenti, ha pagato qualche creditore a danno della massa.

Digitized by Google

Il debitore adunque che è citato in giudizio nel periodo della cessazione dei pagamenti ha il dovere di proporre la eccezione di esser fallito e dimostrarlo coll' esibire la dichiarazione che immediatamente ha il dovere di fare in cancelleria. Se ciò facesse il creditore non potrebbe ottenere il suo intento. La sentenza o non sarebbe pronunziata, ordinando la chiamata in giudizio del curatore, o pronunziata che fosse, la sua data sarebbe posteriore alla dichiarazione di fallimento cioè incapace di ogni ipoteca.

Se il debitore tace, se lascia pronunziar la sentenza come se fosse un debitore non fallito, egli concorre alla pronunziazione di una sentenza la quale produsse a danno della massa dei creditori una diminuzione del patrimonio a pro di un sol creditore; concorre col suo fatto negativo ad una frode.

La Cassazione di Roma in una delle sue considerazioni si esprime così:

« Le denunziate sentenze non hanno considerato che ai termini dell' articolo 857 Cod. di comm. n. 3 è colpevole di bancarotta semplice quel commerciante il quale entro tre giorni dalla cessazione dei pagamenti non ha fatto la dichiarazione prescritta dal precedente articolo 686; e perciò il commerciante che sa di aver cessato i suoi pagamenti e di essersi costituito in istato di bancarotta col non aver fatto in tempo debito il deposito del suo bilancio viene in sostanza a colludere col suo creditore, quando al ricevere la citazione da questo trasmessagli continua a mantenersi nella sua criminosa inazione, per dar comodo a quel creditore di prendersi una garanzia, che egli non può altrimenti consentirgli e neppure hanno avvertito che il creditore in sofferenza per un credito scaduto ed esigibile, quando acquista la certezza dell'avvenuta cessazione dei pagamenti ed ha conoscenza dello stato di fallimento, può far valere innanzi l'autorità giudiziaria il solo diritto di che nel citato articolo 686, il diritto cioè di provocare esso quella dichiarazione di fallimento non ancora avvenuta per un fatto criminoso del suo debitore; e se invece di valersi di tal diritto provoca l'autorità giudiziaria per ottenere la dichiarazione di un credito che nessuno ha mai pensato di mettere in contestazione, rivela con ciò solo il malizioso intendimento di procurarsi una posi-

Digitized by Google

zione privilegiata in danno della massa sempre ignara dello stato di fallimento ».

Qui ripetiamo che sarebbe veramente anormale, che per conservare l'eguaglianza fra i creditori di un'eredità beneficiata o giacente siasi privata la sentenza pronunziata dopo tale avvenimento di ogni effetto ipotecario, e siasi poi conservata integra ed immune da ogni attacco l'ipoteca derivante da sentenza pronunziata dopo la cessazione dei pagamenti.

Non si può ammettere questo errore legislativo di principii, quando la lettera della legge espressamente non lo consente, bensì l'esclude. dovendosi restringere il significato ordinario delle espressione *costituire* per riconoscervi un errore: si deve dunque ritenere che la parola sia stata adoperata nel suo senso naturale e giuridico, e che l'errore di principj è una gratuita affermazione di chi vuole accagionare anche la lettera della legge di poca proprietà, per essersi usato del genere invece della specie.

È inutile esaminare se la parola *costituire* comprenda nella sua generalità anche le ipoteche legali, poichè sono esse immedesimate colla causa da cui derivano, e non essendo fraudolenta la causa, non può essere fraudolento l'effetto.

Ma se s'incontrasse caso, che fosse fraudolenta la causa, tale non potrebbe non essere l'effetto, per cui non vi sarebbe neanche ragione di escludere la ipoteca legale dalla presunzione di frode (1).

7. L'ipoteca giudiziale è stata fatta segno a molti attacchi, come quella che offende il diritto del debitore, quello dei creditori e il credito fondiario.

Il creditore non soddisfatto dal suo debitore ha diritto non solo di ottenerne la condanna, ma di esser garentito del soddisfacimento contro i diversi modi, con i quali il medesimo può rendere frustranea la condanna. Il debitore non può pretendere che il creditore abbia fede nella sua persona, nè può accusarlo di durezza sol perchè dallo inadempimento tragga la convinzione della poca sicurezza di essere soddisfatto. Il creditore ha

---

(1) Corte di Cass. di Nap. 30 gennaio 1888.

Digitized by Google

ragion di temere che il debitore alieni il suo patrimonio a titolo oneroso o gratuito, ipotechi ad altri gl'immobili, dia in pegno i mobili, e contragga altre obbligazioni, ingannando forse la fede altrui, anche promettendo loro eccessive usure.

Onde è che quando il Preside o il Pretore romano ordinava la esecuzione della cosa giudicata coll'immissione nel possesso dei beni mobili o immobili del debitore, questa immissione produceva un *pignus judiciale*, cioè il diritto del creditore non solo di poter vendere le cose, nel cui possesso s' immetteva ma il diritto di esser preferito agli altri creditori, ossia acquistava il pegno e l'ipoteca, che a quel tempo non erano distinti se non di suono.

Si è da alcuni assomigliato il *pignus judiciale* al nostro pignoramento, il che in parte è vero, in parte è falso.

Il creditore oggi ha il diritto di vendere la cosa mobile o immobile del debitore sol perchè è creditore. Il pignoramento della cosa mobile, il precetto, trascritto che sia per le cose immobili, non opera che l' incapacità del debitore ad alienare la cosa soggetta all' esecuzione, ma non produce a favore del creditore nè il pegno dei beni mobili, nè l'ipoteca degl'immobili. Invece il *pignus judiciale* produceva e il diritto nel creditore di vendere le cose mobili ed immobili delle quali era stato messo in possesso e l' altro di esser preferito sul prezzo delle medesime agli altri creditori ossia il diritto di pegno. Ed il principio d'onde si fecero scaturire tali effetti, era quello della coercizione del debitore inadempiente a soddisfare la sua obbligazione col dar cauzione *in re*, non potendosi più aver fiducia nella sua persona.

Il *pignus praetorium* se promanava dal pretore senza che fosse stata necessaria una precedente sentenza di condanna, in quanto alla coercizione e cauzione, ed al principio dirigente, produceva gli stessi effetti del *pignus judiciale*.

I romani col concedere il *pignus judiciale* o il *pignus praetorium* non temettero di offendere il diritto del debitore e degli altri creditori. Il debitore non poteva più aver diritto a fiducia personale: gli altri creditori avrebbero potuto procedere come aveva proceduto il primo creditore e, nel concorso, il primo che avesse, agito ottenendo il *pignus*, era preferito all' altro, e per

Digitized by Google

vendere la cosa e nella distribuzione del prezzo; *prior in tempore potior in jure.*

L' ipoteca prodotta dalla sola sentenza, senza che fosse necessario alcun cominciamento di esecuzione, originò dalla Francia, dandosi così più efficace garantia prima della coercizione effettiva sopra i beni. Il principio razionale che la fece ammettere, fu lo stesso di quello che avea fatto produrre in Roma il diritto ad una cauzione nel *pignus judiciale* e *praetorium:* il debitore è stato *manchevole;* il creditore che non può aver fiducia sulla sua persona, ha diritto di essere garentito in modo speciale sopra i suoi beni.

In altri paesi si andò più oltre. Chi non adempie ai suoi obblighi non merita più fiducia, e potrebbe rendersi inutile ogni mezzo di coercizione, se il creditore non fosse assicurato con una speciale garentia; onde si concesse il diritto al creditore d'impetrare dal giudice un'ipoteca provvisoria da mutarsi in definitiva quando si fosse ottenuta la condanna. E quando ciò non si fosse dimandato prima o durante il giudizio, si potesse impetrare dal giudice la ipoteca definitiva in seguito della sentenza di condanna.

Il Codice italiano ha ammesso il seguente sistema.

Il creditore, che abbia giusti motivi di sospettare della fuga del suo debitore, di temere sottrazioni, o sia in pericolo di perdere le garantie del suo credito, può domandare il sequestro dei beni mobili spettanti e delle somme dovute al debitore medesimo, se la legge non ne vieti il pegnoramento. Il sequestro si concede sopra ricorso motivato, premesse, se ne sia il caso, sommarie informazioni, e può anche al creditore imporsi una cauzione. Se il sequestro in apposito giudizio è riconosciuto senza causa, e per ciò rivocato, il sequestrante può essere condannato ad una multa estendibile a lire mille oltre il risarcimento dei danni (articoli 924, 925, 928, 935 procedura civile). Il sequestro è un atto di conservazione delle cose mobili appartenenti al debitore che garentisce il creditore da ogni sottrazione ed alterazione, ma non produce alcun effetto di preferenza tra i creditori: nel caso di concorso sul prezzo, ciascuno esercita i suoi diritti senza che la priorità del sequestro o la sua mancanza potesse avere alcun effetto. Si reputa che il se-

Digitized by Google

questrante abbia fatto l' interesse di tutti i creditori, che concorrono nell' assegnazione o nella distribuzione delle somme o del prezzo, col solo diritto di essere con privilegio soddisfatto delle spese di esecuzione.

Non si può domandare alcuna prenotazione sulle cose immobili per ipoteca o per altri vincoli. Nel solo caso di alterazione, sottrazione o deteriorazione si ha il diritto di domandare il sequestro giudiziario (art. 924, Cod. di proc. civ.) il quale non produce alcuna preferenza di dritto fra creditori ; essendo per lo più interesse di chi pretende la proprietà dell' immobile di praticarlo.

Quando però il creditore ha ottenuto la condanna del suo debitore, la sentenza, che la pronuncia, produce un' ipoteca sopra gl'immobili del medesimo. È in sostanza un'ipoteca legale inerente al titolo. Non è egli obbligato a cominciar l'esecuzione ed impetrare frattanto dal giudice il diritto alla cauzione. Ciò è riputato cosa inutile, diretto unicamente a fare spese e dar tempo al debitore. La condotta di lui rispetto al creditore ed il pericolo di trovarlo non solvente nell' esecuzione è abbastanza dimostrato dalla sentenza che lo condanna al pagamento. Certo è il credito, certo l' inadempimento del debitore. Che più si attende per garentire il creditore da ogni pericolo che gli può provenire dalla mala fede? È abbastanza che prima della sentenza, al debitore sia rimasta libera la disposizione delle sue cose. Solamente temendosi che nell' intervallo, che deve necessariamente trascorrere dalla pronunziazione della sentenza sino alla trascrizione del precetto producente il sequestro giudiziario, si permette al creditore d' iscrivere l' ipoteca anche prima che fosse registrata la sentenza.

Non si è creduto vincolare la proprietà immobiliare del debitore prima che fosse accertato dal giudice il credito e la mancanza di adempirlo; il che è un sufficiente riguardo usatogli, impedendosi ogni prenotazione, tanto più che la esistenza del vincolo senza l'accertamento di un diritto avrebbe potuto ritardare il corso del giudizio, sicuro come è il creditore della guarentigia ottenuta, e nuocere al credito fondiario e fiduciario da parte del debitore.

Digitized by Google

L'ipoteca giudiziale non può dunque meritare il rimprovero di essere offensiva del diritto del debitore.

E neanche offende il diritto degli altri creditori.

Una legislazione, la quale vietando ogni ipoteca determinasse che sopra i beni mobili ed immobili del debitore i creditori non avessero che un eguale diritto, può essere discussa, e disapprovata nel principio che adotta, come ingiusta e lesiva del credito che intende garantire, ma sarebbe coerente ne' suoi principii, se al divieto dell'ipoteca convenzionale congiungesse anche l'altro di ogni ipoteca giudiziale.

Ma non sono coerenti nei principii coloro, che dànno facoltà alle parti di consentire ipoteche su tutti i loro beni immobili senza riconoscervi lesione di numerosi creditori che possono preesistere, e negano poi al creditore, che non può aver più fiducia nella persona del debitore pel verificato inadempimento dell' obbligazione, il beneficio che la sentenza di condanna sia anche assicurata sopra gl'immobili del debitore. Rendono arbitro il debitore di garantire quel creditore che egli vuole, e negano all' altro che ha ragione di premunirsi contro il suo mal talento, d'impetrare dal giudice una cauzione effetto della condanna. È indifferente, nel rispetto dei principii, che questa cauzione consistente in una ipoteca preceda la pronunziazione della sentenza di condanna, sia una virtù della medesima, o della sua esecuzione. È quistione di modo e di misura, non di sostanza dell'assicurazione. Nella misura dell'ipoteca giudiziale ammessa dal Codice italiano non solo non si offende il diritto del debitore, ma neanche quello degli altri creditori, ai quali è aperta indistintamente la via da battere per premunirsi contro il mal talento del debitore inadempiente, e neppure inceppa il commercio fondiario più di quello che faccia l'ipoteca legale e convenzionale.

Imperocchè, sebbene l' ipoteca giudiziale gravi i beni presenti e futuri del debitore, pure non è efficace, che quando s'iscriva sull'immobile *appartenente* al debitore nel momento della iscrizione, iscrizione che può essere ripetuta a misura che il debitore acquisti la proprietà di altri immobili. È sempre una ipoteca speciale nei suoi effetti come la convenzionale, pigliando grado dal dì della iscrizione, con una differenza, che se il

Digitized by Google

creditore eccede per la sicurezza del suo diritto nell'iscrivere la ipoteca giudiziale su più immobili del debitore, ogni parte interessata può domandarne la riduzione, mentre se il debitore stretto dal bisogno e dalla volontà del creditore ha consentito un'ipoteca eccessiva, non è ammesso a farla ridurre *ad jus, et justitiam*, perchè le convenzioni fan legge fra le parti.

Non si diminuisce, si accresce bensì il credito fiduciario, poichè il creditore che avendo fiducia nella persona del debitore gli somministra i suoi capitali, vi è maggiormente invitato dal rimedio che la legge gli somministra, quando per fatti sopravvenuti la fiducia ragionevolmente vien meno. Se il debitore ricusi di assicurarlo con una cauzione, egli ricorre al giudice per ottenere una sentenza di condanna, mezzo di coercizione insieme e di cauzione.

Se non che da taluni si vorrebbe escludere da tal beneficio quel creditore, che avesse già ottenuta una ipoteca convenzionale, la quale siccome non può essere ridotta dal debitore, non dovrebbe essere accresciuta dal creditore coll'aggiunta di un'ipoteca giudiziale. Le cose però non sono eguali. Il debitore, non può sciogliersi senza il consenso del creditore dalla obbligazione contratta, se non siavi intervenuto da parte del medesimo un fatto nuovo che il legittimasse. D'altra parte egli si è reso manchevole verso il creditore, il quale si è insufficientemente garentito contro di lui, per cui il creditore deve avere diritto ad un supplemento di garentia sufficiente, col diritto però al debitore di farla annullare o ridurre se sia riconosciuta eccessiva.

La Francia, non ostante le varie discussioni, dentro e fuori il parlamento, ha conservato l'ipoteca giudiziale; ma l'ha abolita il Belgio nella legge ipotecaria del 16 dicembre 1851.

Nella discussione della legge sull'Espropriazione forzata la Commissione della Camera propose così la quistione. È essenziale, che il creditore il quale ha ottenuto una decisione giudiziaria, abbia un titolo efficace per conseguire l'esecuzione dell'obbligazione, senza che potesse rendersi illusoria. È il solo mezzo di prevenire i gravi inconvenienti ai quali potrebbe dar luogo la soppressione. La disposizione che tendeva a dar la facoltà allo spropriante di trascrivere il precetto vietare dal dì della trascrizione la ipoteca e l'alienazione non fu accolta.

Digitized by Google

Fu ripresa nel Senato, e per farla prevalere M. Savart espose gl'inconvenienti ai quali intendevasi rimediare.

La soppressione dell'ipoteca giudiziale, dice M. Savart, ha lasciato ai debitori la podestà di disporre dei loro immobili dopo la sentenza, dopo il precetto.

Niuna legge serve di egida al creditore.

Non esiste più alcuna disposizione efficace per tutelare i dritti del creditore. Quando il creditore giunge al pignoramento, trova il niente.

I debitori con vendite vere o simulate si spogliano di tutto. Le frodi pullulano, si moltiplicano su tutti i punti del Belgio.

Così si è fatto intendere un grido generale.

Così ciascuno attende, con impazienza che si metta fine ad un tale stato di cose.

Nel pensiero di aiutare i creditori impunemente spogliati, la vostra Commissione ha cercato di compiere la lacuna lasciata dalla legge del 16 dicembre 1891.

Ella propone certe disposizioni che tolgono ai debitori il dritto di alienare o ipotecare i loro immobili dopo il precetto fatto loro di pagare.

Non solamente bisogna avvertire i debitori che essi sono interdetti di esercitare certi diritti, occorre pubblicare la loro posizione eccezionale affinchè i terzi non possono essere indotti in errore.

La vostra Commissione ha dunque detto: Che il precetto seguìto da trascrizione impedirebbe i debitori di alienare e d'ipotecare che sarebbero specialmente indicati e descritti nei registri destinati alla trascrizione dei pignoramenti.

Per mettere fine al trionfo della mala fede e lasciare intatti legittimi interessi ha modificato profondamente l'articolo 17 ed ha aggiunto le misure conservative enunciate negli emendamenti.

Una somigliante idea, avrà, lo spero, la vostra approvazione, se ne comprenderete tutta l' importanza.

Risulta dalla discussione della Camera dei deputati, che riconoscendo l'utilità di certe misure avrebbe formolata una legge speciale. Questo non è l'avviso della Commissione.

Signori: Tutti gli uomini pratici vi affermeranno che vi è urgenza, pericolo nella mora. Una legge speciale non sarebbe a suo luogo al di fuori della legge di espropriazione ».

Digitized by Google

Nel suo rapporto alla Camera sul progetto emendato dal Senato M. Leliere invoca le stesse considerazioni. Il Senato ha introdotto un articolo nuovo di cui la portata è notevole.

La soppressione radicale dell'ipoteca giudiziale ha dato luogo a serii inconvenienti, e delle querele si sono elevate da ogni parte per le conseguenze di questa misura.

Le sentenze non hanno alcuna sanzione e i debitori condannati possono impunemente sottrarre i loro immobili all'azione dei loro creditori. Simil ordine di cose è un attentato odioso al credito. In conseguenza il Senato ha pensato essere importante di accordare al creditore il diritto di far trascrivere il precetto che precede il pegnoramento; di cui il risultato sarebbe d'impedire al debitore d'alienare, d'ipotecare e di locare i suoi immobili.

I disastrosi effetti prodotti nel Belgio dell'abolizione dell'ipoteca giudiziale non dovranno essere un leggiero insegnamento per tutti coloro, che sono avidi di novità, non fondate sopra i bisogni della pratica.

Si noti che il Codice italiano, avendo del precetto e del pignoramento fatto un unico atto ha vietata l'alienazione sola e non l'ipoteca dal dì della trascrizione del precetto.

8. L'ipoteca può costituirsi dalla volontà del debitore.

Il costituire un'ipoteca equivale ad alienare il prezzo di uno o più immobili a favore di un creditore fino alla concorrente somma, sopra quelli ipotecata ed iscritta, sicchè non può il debitore costituente l'ipoteca vincolarle ad altri, ed il creditore può, se il debitore non paghi, soddisfarsi sui medesimi, con preferenza ai creditori posteriori; onde scaturisce, che coloro soltanto che hanno la capacità di alienare un immobile, hanno diritto d'ipotecarlo.

E coloro che sono incapaci di alienare se non per cause e con forme determinate, non possono ipotecare che per le cause e con le forme stabilite dalla legge (art. 1974, 1975).

Non piglieremo questa occasione per far la enunciazione delle persone incapaci di alienare, delle cause per le quali possono ipotecare, delle forme che si debbono adoperare che sono sparse nei diversi titoli del Codice, appartenendone la illustrazione a coloro che commentano cotesti titoli. Diremo solo nel

Digitized by Google

numero dodici di una quistione, che strettamente si riferisce ai mentovati art. 1974 e 1975, ed a cui dà luogo la nostra legge sulla *spropriazione forzata*.

9. L'ipoteca convenzionale non può costituirsi su i beni futuri (art. 1977).

L'ipoteca su i beni futuri invece di esser diretta a secondare le intraprese legittime, la probità ed il lavoro, favorirebbe la prodigalità della gioventù, avvolgendola nelle rete degli usurai. Il suolo italiano non tarderebbe ad esser soggetto a vincoli tali che rimarrebbe inceppato il commercio fondiario e la circolazione dei capitali utili all'industria ed all'agricoltura.

È questa una disposizione d'interesse generale scritta nel favore del debitore e dei terzi. L'ipoteca è nulla anche quando il creditore l'abbia iscritta specialmente sul bene futuro se diventi proprietà del debitore. Le sole ipoteche giudiziali possono iscriversi sopra i beni futuri a misura del loro acquisto, perchè le sentenze producono ipoteca sopra detti beni per loro natura, indipendentemente dalla volontà del debitore, del quale si è temuto e si è proscritto l'abuso.

10. È grave quistione, se sia valida l'ipoteca della cosa altrui. Si può disporre delle cose proprie, non delle cose altrui. La legge permette al terzo d'ipotecare il proprio fondo per sicurezza del credito altrui, ma è il terzo che deve consentire la ipoteca sulla cosa sua; rispetto a lui è evidentemente nulla l'ipoteca data senza il suo assentimento.

Ma può il debitore, possono gli altri creditori opporre la nullità?

Si è creduto far distinzione fra l'ipoteca sul fondo altrui e quella che si costituisce su i beni futuri. La prima, quando racchiude la designazione specifica dell'immobile, può devenire efficace, mercè l'acquisto posteriore della stessa, come per prescrizione, per confusione per successione o per altra specie di acquisto, o pure se il terzo cui la cosa appartiene, non reclami la cosa sua. L'altra, per contrario, essendo vaga ed indeterminata deve aversi come giuridicamente inesistente.

Ma si è risposto, che chi ipoteca la cosa altrui, ipoteca una proprietà che potrà acquistare; essa non essendo nel suo patrimonio, è un acquisto futuro; d'altronde il divieto d'ipotecare

Digitized by Google

il bene futuro non è fondato sulla impossibilità di specificarlo, ma sopra altre ragioni di ordine pubblico.

Innanzi tutto osserviamo che se il debitore ipoteca la cosa la quale è da lui posseduta, che poi diventa sua per prescrizione, si reputa di aver acquistata la cosa sin dall'inizio, perchè, secondo le regole proprie della prescrizione, chi acquista per prescrizione un immobile o un diritto reale si considera di esser proprietario fin dal momento che ha cominciato a possederlo.

Negli altri casi facciamo una distinzione. Se il debitore ipoteca la cosa altrui come propria, ad un creditore che sia in buona fede, l'ipoteca è valida per argomento dell'articolo 933, nella seconda sua parte nuovo nel Codice italiano. L'ipoteca costituita da un erede apparente sopra i beni ereditari sia di buona o di mala fede, a vantagio di un creditore di buona fede è valida; all'erede apparente può agguagliarsi il proprietario apparente.

Questi non può impugnare il fatto proprio, principio che origina la disposizione dell'articolo 1459 se egli non può impugnare la vendita che ne facesse, tanto più non può impugnarne l'ipoteca. I creditori, ipotecari o chirografarii che sieno, non patiscono alcun danno, essendo avvertiti dalla iscrizione del vincolo esistente.

Se i veri eredi debbono rispettare le ipoteche consentite dagli eredi apparenti, perdendo cosa e prezzo, tanto più debbono rispettarla i terzi, i quali volontariamente non hanno evitato il danno che possa provenire da un fatto ad essi noto e che potevano evitare.

E par che così abbia risoluto la quistione la Corte di Cassazione di Napoli in due sentenze, la prima del 18 novembre 1879 e la seconda del 24 gennaio 1885 ed in tutte le altre specie simili che si sono presentate.

11. Non deve ritenersi come bene futuro l'immobile ipotecato, se il titolo d'acquisto nel momento della concessione dell'ipoteca sia impugnato di nullità, o sia soggetto a condizione risolutiva, o sospensiva o pure dipenda dall'evento di un'azione di ricuperazione; nei quali casi la proprietà si reputa di essere nel patrimonio del debitore sin dal momento in cui è nato il suo diritto sebbene fosse stato condizionale.

Digitized by Google

Il Codice è omogeneo nei suoi principi. Ogni obbligazione anche condizionale, anche incerta dipendente da evento di giudizi può essere assicurata con ipoteca: ogni immobile sebbene sottoposto a condizioni o dipenda dall'evento dei giudizi può darsi in ipoteca.

L'ipoteca è soggetta in tali casi alle stesse eventualità a cui è soggetto il diritto; sicchè, se è stata concessa e da chi pretende il diritto e da chi glielo contende, o da entrambi che lo hanno sottoposto a condizione, la validità dell' ipoteca dell'uno o dell'altro dipende dall'eventualità del riconoscimento del diritto del rispettivo debitore (art. 1976). Valga per esempio il caso del riscatto della casa venduta. Il venditore ha ipotecato l' immobile che si è riservato di riprendere mediante il riscatto nel termine di cinque anni, durante il quale lo ha ipotecato. Nello stesso termine lo ha ipotecato il compratore. Se il venditore faccia trascorrere il termine senza operare il riscatto, la ipoteca concessa dal compratore continua ad avere la sua efficacia. Se il venditore esegue il riscatto, l'ipoteca concessa dal compratore svanisce dovendo valere quella costituita dal venditore (art. 1515, 1528).

Abbiamo scelto quest' esempio per avere l' occasione di esporre l'opinione di Aubry e Rau seguìta da Cannada-Bartoli, di non potere il venditore, prima del riscatto, ipotecare l'immobile venduto, perchè egli non ha il diritto condizionale di proprietà che non può risultare dall' atto stesso con cui si trasmette. Il proprietario che aliena la cosa sua, anche sotto condizione risolutiva, si spoglia del tutto della sua proprietà, ed in caso di risoluzione, avrà non consolidazione di un diritto acquistato sotto condizione, ma il ritorno puro della cosa, che nell'intervallo ha cessato di esser sua. Se questo ritorno si opera *ex tunc*, il compratore nell'intervallo dall'acquisto alla risoluzione n'è stato il proprietario. Questa opinione non è ammessa dalla maggioranza della scuola francese e belgica rappresentata da Jamble, Persil, Batur, Valette, Duranton, Troplong, Duvergier, Pont, Martou, Larombiere, Colmet De Santerre, Demolombe, Zachariae, Laurent, ed in Italia da Pacifici-Mazzoni e Pochintesta. Il venditore, che si è riservato di riscattare un immobile venduto, conserva sul medesimo un diritto reale, mediante il cui eser-

Digitized by Google

cizio lo riprende, esercizio dipendente da avvenimento futuro ed incerto, che produce l'effetto, di considerarsi l'immobile come se non fosse uscito dal suo patrimonio. Ed altro non richiede l'art. 1976, il quale permette l'ipoteca a coloro che hanno *un diritto* sull'immobile sospeso da condizione, o risolvibile.

È stato istituito legatario sotto condizione sospensiva un tale, che ipoteca l'immobile legatogli prima che si verifichi la condizione; lo ha anche ipotecato l'erede. Se la condizione vien meno, è nulla l'ipoteca concessa dal legatario, se si verifica, è nulla quella data dall'erede (art. 853, 1170).

Vi sono condizioni risolutive, le quali rimettendo le cose nello stato in cui erano come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo, non pertanto non possono recar pregiudizio alle ipoteche, che vi avesse costituite colui in danno di cui si è operata la risoluzione.

È questo un gran miglioramento che il Codice italiano ha ammesso, per favorire il commercio fondiario e la circolazione di capitali. Tali casi sono enunciati nell'articolo 1933, n. 3, fuori dei quali le domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione hanno il loro effetto rispetto a tutti.

L'ipoteca dipendente da titolo annullabile è soggetta alla stessa eventualità del titolo. La nullità può essere una di quelle prevedute dall'articolo 1107 che non può essere dimandata che dal minore, dall'interdetto, dall'inabilitato, o dalla donna maritata in un termine designato. Onde se la nullità è dichiarata sulla loro istanza o dei loro aventi causa, svaniscono le ipoteche da essi legalmente costituite.

Se la nullità è coverta dalla prescrizione, l'ipoteca concessa dagli alienanti conserverà la sua validità.

Se la nullità è sanata dall'incapace colla conferma, colla ratifica e colla esecuzione, giusta l'articolo 1309, l'ipoteca continua ad esser valida, ma i diritti dei terzi son salvi. Da ciò può derivare un conflitto tra i creditori cui è stata concessa l'ipoteca prima della conferma, della ratifica e della esecuzione, e coloro cui è stato ipotecato l'immobile quando il debitore era diventato capace, prima però della ratifica, della conferma o dell'esecuzione volontaria.

Terzi son tutti coloro che hanno acquistato un diritto reale

Digitized by Google

sull'immobile, dai quali non si possono escludere i creditori ipotecari. Nè le ragioni che mettono in mezzo coloro che ne vorrebbero esclusi i creditori ipotecari, paiono tali da poter infirmare il testo chiaro della legge, che non fa alcuna distinzione. Chi ha costituito un'ipoteca sull'immobile che precedentemente aveva sottoposto ad un'ipoteca annullabile non può offendere il diritto del creditore posteriore validamente iscritto, con sanare la nullità sulla quale si era contato per avere la preferenza.

Nè dovrebbe muovere la ragione che nel caso di prescrizione della nullità, i creditori ipotecari non avrebbero alcun diritto d'impugnare le precedenti ipoteche, perchè colla conferma, colla ratifica e colla esecuzione volontaria verrebbe escluso il loro diritto di esercitare l'azione di nullità dell'atto contrattuale per far valere sull'immobile il loro diritto di ipoteca in preferenza degli altri creditori precedentemente iscritti, e ciò prima che corra la prescrizione.

Non pertanto si fa osservare che colui il quale, divenuto capace, ipoteca l'immobile precedentemente ipotecato quando era incapace, non trasmette la sua azione di nullità, che avrebbe potuto sperimentare contro la procedente costituzione d'ipoteca, se la trasmetta al nuovo creditore ipotecario.

Il diritto ipotecario che acquista il nuovo creditore non è incompatibile con quello che è stato costituito precedentemente con altri, e si presume che l'immobile gli sia stato ipotecato con i vincoli, che nell'atto di concessione esistono, sebbene il costituente avesse potuto farli annullare.

Nè può dirsi che il novello creditore ignori la precedente ipoteca, perchè se questa, non è iscritta, non ha efficacia veruna, e la preesistente iscrizione glie l'ha fatta nota.

12. Cogli articoli 1974 e 1975 è collegata la disposizione dell'articolo 2085, nel quale si stabilisce che dalla data della trascrizione del precetto il debitore non può alienare l'immobile nè i frutti, rimanendo l'immobile sotto sequestro giudiziario.

È mossa quistione, se il debitore possa ipotecare l'immobile dopo la trascrizione del precetto.

Non si dubita che il creditore avente ipoteca sull'immobile soggetto a pignoramento possa validamente iscrivere durante il medesimo, la sua ipoteca, finchè l'aggiudicazione non sia tra-

Digitized by Google

scritta, nè si dubita che si possa iscrivere l'ipoteca giudiziale derivante da sentenza ottenuta nel corso della esecuzione, finchè l'immobile non sia stato venduto all'asta e sia stata trascritta l'alienazione. È dubbio solo, se il debitore possa costituire un'ipoteca convenzionale.

A noi pare che il possa.

L'articolo 2085 è conforme all'articolo 692 del Codice di procedura francese.

La scuola e la giurisprudenza francese non ha dubitato nè dubita della validità dell'ipoteca costituita dal debitore, la quale non può recare alcun danno ai creditori iscritti. (1)

La legge belgica del 16 decembre 1851 nel riformare la legge ipotecaria francese, espresse nell'articolo corrispondente il divieto di *alienare ed ipotecare*. Avendo abolita l'ipoteca giudiziale, come quella che attentava al diritto dei creditori chirografari, era conveniente non permettere al debitore di recare loro pregiudizio colle ipoteche convenzionali dopo cominciata l'esecuzione. (2)

---

(1) Nella discussione della legge del 2 giugno 1842, in Francia, fu proposto di rendere l'espropriato incapace d'ipotecare dal dì della trascrizione del pignoramento. Ma questa proposta fu respinta sulle osservazioni di M. Persil nel rapporto alla Camera dei Pari: « L'alienazione è vietata allo spropriato, perchè tende a distruggere il pignoramento, che non può aver luogo che contro l'attuale possessore.

Dovrebbesi cominciare da capo a ciascun mutamento. Ma la costituzione d'ipoteca dopo il pignoramento ed anche dopo la sua denuncia non presenta alcuno di quest'inconvenienti. Essa non si riferisce al pignoramento che continuirà contro il debitore dopo come prima dell'ipoteca; non toglie nulla al rango dei creditori ipotecari nè al loro interesse, imperocchè colui a cui sarà accordata, non sarà collocato che nel grado della sua iscrizione, vale a dire dopo tutti coloro che avevano dei dritti sull'immobile al momento dello stabilimento della novella ipoteca. Niuno degli aventi diritto sull'immobile avendo a querelarsi delle ipoteche posteriori, non vi è ragione di vietarle tanto più che vi sono dei casi nei quali debitori di buona fede possono avere interesse a ricorrere a questa misura ».

Già nella Camera dei deputati la identica proposta era stata rigettata per le stesse ragioni dopo ampia discussione.

(2) Il divieto di alienare contenuto nell'articolo 692 del Codice di

Digitized by Google

Ne' diversi Codici degli Stati italiani l'articolo fu concepito o con una locuzione identica a quella del francese, o pure in modo da perpetuare la quistione.

Nell'articolo 2266 del progetto *Cassinis* si risolveva la quistione, dicendosi: il debitore non può alienare nè *assoggettare ad ipoteca i beni medesimi;* nei progetti Miglietti e Pisanelli fu ristabilita la locuzione del Codice francese. Ed il Pisanelli nella relazione al Senato, presentandogli il progetto ne discorse così: « Dopo tale atto (la trascrizione del precetto) non deve esser

---

procedura francese, avente vigore anche nel Belgio era interpetrato come in Francia (Thomine, n. 791; Favare, t. v. p. 5471: Lachaize, t. l. n. 262. Chauvau su Carrè, p. 3221), di non vietare la costituzione dell'ipoteca. Si ritenne esser ciò pericoloso sotto l'impero della legge del 16 dicembre 1851, che aveva soppressa l'ipoteca giudiziale. Tale soppressione, si disse nel rapporto della Commissione alla Camera dei deputati, imponeva di prendere una precauzione per impedire al debitore poco delicato di sottrarsi agli effetti di sentenze pronunciate contro di lui, ipotecando i suoi beni. Onde l'articolo 27 della legge dei 15 agosto 1854 sancì la seguente disposizione: « Il debitore non può a contare dal giorno della trascrizione del pignoramento o del precetto, alienare nè ipotecare gl'immobili pignorati o indicati nel precetto, a pena di nullità e senza bisogno di farla pronunziare ».

Questa disposizione non pertanto non è stata nel Belgio da tutti approvata, non ostante la grave circostanza della soppressione dell'ipoteca giudiziale con cui si rimaneva senza garantia il creditore che aveva ottenuto la condanna; l'Hillualbroech, professore dell'università di Gand osserva, « La proibizione d'ipotecare non è utile che ai creditori chirografari, i creditori ipotecari garantiti dalla loro iscrizione non hanno interesse d'impedire al debitore di consentire novelle ipoteche non pertanto la legge loro ne accorda il diritto. Quanto ai creditori chirografari la legge sagrifica loro un pò troppo agl'interessi del debitore.

In effetti un creditore chirografario, fornito di una sentenza esecutiva di condanna al pagamento di una somma minima, può per la trascrizione di un precetto, mettere il suo debitore nell'impossibilità di prendere a prestito, mediante costituzione d'ipoteca, le somme necessarie: può obbligarlo così a vendere, in un momento sfavorevole, la casa di commercio, la fabbrica, che costituiscono il mezzo di vivere (Commentario del pignoramento, dell'incanto e dell'ordine Bruselles, 1875, pag. 202) ».

Digitized by Google

più lecito al debitore di alienare i beni medesimi; altrimenti si darebbe il mezzo di ritardare il corso della procedura di esecuzione; sottraendone i beni, o complicandoli con nuovi atti in rapporto ai terzi possessori, ed aumentando le spese richieste per proseguirla ».

Colla vendita si sarebbe trasferita la proprietà ad un terzo, e, se fosse stata valida, non avrebbe potuto impugnarsi che di frode, se il compratore ne fosse stato partecipe. E, qualora si fosse potuto giungere a dimostrarlo, avrebbesi avuto a far sempre un giudizio lungo e dispendioso, intralciandosi così il corso della procedura.

Il creditore istante, se fosse stato ipotecario, se avesse voluto evitare qualunque giudizio, avrebbe dovuto procedere contro il terzo possessore, acquirente nel corso dell'espropriazione.

La nullità dell'alienazione non potrebbe chiedersi però che dai soli interessati, quali sono i creditori iscritti, l'espropriante e l'aggiudicatario. I creditori iscritti, perchè hanno diritto di essere surrogati all'espropriante se trascura di proseguire la procedura; l'espropriante, perchè altrimenti non potrebbe liberamente giungere alla vendita dell'immobile; l'aggiudicatario per mettersi in possesso del medesimo.

Costoro possono ricever danno dall'alienazione. Ma l'ipoteca non offende nessuno dei loro diritti; per cui mancando d'interesse non possono chiedere la nullità dell'ipoteca.

I creditori chirografari non hanno diritto di chiedere nè la nullità dell'alienazione nè dell'ipoteca.

Non possono chiedere la nullità della vendita, perchè del giudizio di spropriazione non fanno parte, non dovendosi ad essi intimare il bando, nè avendo diritto di domandar la surroga: possono intervenire nella graduazione, ma in quel momento l'aggiudicazione ha avuto già luogo, o non possono concorrere che sul prezzo, il che suppone la validità della vendita.

Non possono domandare la nullità dell'ipoteca, perchè se rispetto ad essi la vendita è valida, avendo il debitore potuto alienare, è valida anche l'ipoteca (art. 2092).

Non sarebbe d'altronde coerente a sè stessa una legge, che permettesse la ipoteca giudiziale derivante da sentenze pronun-

Digitized by Google

ziate dopo la trascrizione del precetto ed anche per crediti nati dopo la medesima, e non permettesse poi al debitore di consentire un'ipoteca per evitare un giudizio. È tale l'incoerenza che noi l'abbiam fatta rilevare nel ragionare della nullità dell'ipoteca giudiziale dopo la cessazione dei pagamenti del fallito in senso inverso dell'attuale, cioè che o debba vietarsi la ipoteca giudizionale e convenzionale, o nè l'una nè l'altra. E ciò rende ragione della diversità di legislazione tra la Francia e il Belgio, la prima ammettendo l'ipoteca giudiziale, la seconda negandola.

D'altronde la trascrizione di un precetto per tenue somma può impedire la costituzione di un'ipoteca che non arrecando alcun danno ai creditori può salvare il debitore da certa ruina; sicchè alcuni scrittori, sotto l'impero di leggi precedenti che vietavano l'ipoteca, facevan voto che si togliesse il divieto (1).

Non ostante le ragioni storiche, esegetiche e legislative sulle quali fondasi la nostra opinione, quella che ci è contraria, ha non pochi propugnatori; per cui abbiamo ripetuta la illustrazione della nostra opinione, non ostante che ne avessimo largamente ragionato nel nostro libro del Diritto dei terzi (2).

13. Non è più quistione secondo il Codice italiano, se sia valida l'ipoteca costituita dall'erede apparente, essendo stata definita dall'articolo 933. L'ipoteca costituita dall'erede apparente è valida anche quando l'erede apparente sia in mala fede, purchè sia in buona fede il creditore a favore del quale è stata concessa l'ipoteca. E la buona fede consiste nell'avere il creditore creduto che colui, col quale contrattava, fosse stato il vero erede.

14. L'articolo 679 permette a ciascun partecipante d'ipotecare la propria quota, anche prima della divisione. Il che importa che egli possa, specificando ciascuno degl'immobili dell'eredità o del condominio, sottoporre ciascuno di essi ad ipoteca per la parte, che potrà spettargli. Ma talvolta può avvenire che egli ipotechi o una parte certa e determinata di un immobile con i suoi confini, o tutto un immobile come se a lui appartenga.

---

(1) Il Sabatini.
(2) Vol. I.

Digitized by Google

L'ipoteca in tal caso è nulla per tutta quella parte che non gli spetterà in divisione, perchè cadente sulla cosa altrui, in conformità dell'articolo 1034, il quale stabilisce che ciascun coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota pervenutagli per incanti fra coeredi e si ritiene che non abbia mai avuto la proprietà degli altri beni ereditarii. E se nulla gli tocchi delle cose ipotecate, l'ipoteca è nulla del tutto. Altrove abbiam fatto voto che alla cosa ipotecata si surroghi la cosa, che gli si attribuisce, per effetto di una surroga reale, come si prescrive nel Belgio.

15. L'ipoteca convenzionale deve costituirsi con atto pubblico o con scrittura privata (art. 1978 e 1998).

È ciò conforme al principio scritto negli articoli 1313 e 1314, nei quali si dispone che debbono farsi con atto pubblico o con scrittura privata, sotto pena di nullità, le convenzioni, che trasferiscono proprietà d'immobili, e tutti gli altri atti specialmente indicati della legge.

La convenzione dell'ipoteca non trasferisce la proprietà dell'immobile, ma un diritto reale sul medesimo, equivalente ad una alienazione del prezzo sino alla concorrenza del credito, che n'è garentito.

Non è necessario che nell'atto pubblico o nella scrittura privata intervenga il creditore; basta che il debitore nell'atto pubblico o nella scrittura privata costituisca la ipoteca.

Ma la costituzione non diviene perfetta che quando il creditore l'abbia accettata. L'accettazione può essere espressa e tacita. Ed è sufficiente manifestazione della sua volontà di accettare, la iscrizione presa in virtù del titolo costitutivo dell'ipoteca. Di ciò si è fatta quistione, ma oggi è generalmente ammessa l'opinione, che abbiamo espressa.

Si move quistione se possa costituirsi ipoteca in un testamento.

Il testamento secondo il Codice francese produce ipoteca a favore dei legatarii. Ciò non è ammesso giusta il Codice italiano, che ha omesso l'articolo 1017 del Codice francese che vi si riferisce. Si son tutelati i diritti dei creditori e dei legatarii col vincolo proveniente dall'istituto della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede: beneficio, che ciascuno di essi può esercitare nel modo determinato dalla legge (art. 2054).

Digitized by Google

Ma non può essere vietato al testatore di costituire ipoteca nelle forme dell' ipoteca convenzionale a vantaggio dei creditori e dei legatarii, essendo il testamento o un atto pubblico, o una scrittura privata. Di ciò si è dubitato, ma non pare che possa dubitarsene da coloro i quali ammettono, che l'accettazione non debba essere contemporanea all'atto di costituzione d'ipoteca da parte del debitore. Il creditore o il legatario, a cui favore è stata costituita l'ipoteca, deve accettarla per renderla perfetta, sia con atto espresso, sia tacitamente prendendo iscrizione in virtù del testamento.

16. L'ipoteca deve essere speciale; non già che il debitore non possa costituirla sopra tutti i suoi immobili, ma ha l'obbligo di specificarli uno per uno. L'articolo 1979 dispone, che nell'atto costitutivo dell'ipoteca l'immobile da sottoporvisi deve essere specificatamente designato colla indicazione della sua natura *(fondo urbano o rustico)* del comune in cui si trova, del numero del catasto o delle mappe fondiarie dove esistono, e di tre almeno dei suoi confini.

La legge di perequazione del 1° marzo 1886, colla quale si tende ad accertare le proprietà immobili e tenerne in evidenza le mutazioni (art. 1), può aiutare potentemente a determinare l'identità dell' immobile che s' ipoteca, con i suoi confini. Si delimitano, e si terminano non pure i territori comunali, ma anche tutte le proprietà comprese nei singoli comuni coll'intervento dei possessori interessati e loro rappresentanti (art. 4).

I beni sono intestati nel catasto ai rispettivi possessori quali risultano dall'atto di rilevamento che si effettua mediante la misura e la figurazione degl' immobili *(misura e mappa)*. Quelli in contestazione sono fatti con relativo annotamento, e con riserba di ogni diritto. I beni dei quali non si potessero conoscere i possessori sono provvisoriamente intestati al Demanio dello Stato: art. 7. E si promette con altra legge di determinare gli effetti giuridici del catasto e le riforme che occorressero a tal fine nella legislazione civile (art. 8).

La delimitazione e la terminazione accompagnata dalla misura e dalla mappa coll' udizione dei possessori, coll' intestazione nel catasto e col pagamento del tributo sono di grande ajuto, anche prima che con una legge speciale ne sieno determi-

Digitized by Google

nati gli effetti, nella determinazione specifica degl'immobili che si sottopongono all'ipoteca, ed anche nelle questioni di possesso e di proprietà.

17. Compie le regole direttive dell'ipoteca convenzionale l'articolo 1980, col quale si dispone, che qualora i beni sottoposti all'ipoteca perissero o si deteriorassero in modo che fossero *divenuti* insufficienti alla sicurezza del creditore, questi ha diritto ad un supplemento d'ipoteca, e in mancanza, al pagamento del suo credito.

La diminuzione delle cautele, ossia il perimento o deterioriazione dell'immobile ipotecato può avvenire, per fatto del debitore o per caso fortuito. Tanto nell'uno che nell'altro caso deve applicarsi l'articolo succennato.

Il debitore, non ostante l'ipoteca, è libero dispositore ed amministratore dell'immobile ipotecato. Egli però non può abusare della libertà di amministrazione in danno del creditore, e se egli ne abusa, con danno del creditore, può questi impedirglielo anche mediante il sequestro giudiziario (art. 921 Cod. di proc.), il quale può esser concesso quando siavi pericolo di alterazione e di deteriorazione. Così se il debitore ha ipotecato un fondo boschivo, ed incomincia a convertirlo in terreno nudo, qualora questa mutazione deteriori il fondo ipotecato, potrebbe il creditore, per impedirne il proseguimento, essere ammesso ad usare questo atto conservativo.

18. Le rendite nominativamente iscritte nel libro del debito pubblico, benchè sieno considerate come cose mobili, possono tuttavia essere sottoposte ad ipoteca speciale e convenzionale o per l'intero loro ammontare o per una parte soltanto (art. 24 della legge 10 luglio 1861, e art. 98 e 107 del Regolamento).

Un'iscrizione non può essere relativa che ad una sola ipoteca; vi sono però certi casi, nei quali per disposizione di legge speciale è ammissibile l'annotamento dell'ipoteca, sebbene riguardi più interessati e più ragioni e diritti distinti.

Sebbene la legge organica del debito pubblico contempli solo l'ipoteca convenzionale, tuttavia la natura stessa delle cose e il complesso delle disposizioni sul debito pubblico importano che in taluni casi eccezionali possono le iscrizioni sottoporsi ad ipoteca in virtù di provvedimento dell'autorità giudiziaria. Così col

Digitized by Google

decreto, col quale si autorizza la iscrizione agli eredi, può disporsi che la medesima sia sottoposta a vincolo, o a garanzia di un legatario o altrimenti (art. 95 del Regolamento).

Come anche l'ipoteca può aver luogo in forza della legge, come quelle che si fanno iscrivere in nome di un ente morale per affrancazione di canoni o altre prestazioni enfiteutiche nei termini della legge del 24 gennaio 1861, allorchè sul dominio diretto trovandosi costituita un'ipoteca, si chiegga il trasporto di questa sulla rendita che si fa iscrivere all'ente morale (Legge citata art. 14).

I modi prescritti per consentire l'ipoteca son due, l'atto pubblico notarile, o giudiziale e la dichiarazione sui registri della Direzione generale del debito pubblico o presso le Intendenze di finanza, ma prima autenticata da agente di cambio e da notaio per garentire l'identità e la capacità giuridica del dichiarante. Si prescinde dall'autentica bastando la semplice domanda della Cartella, quando l'ipoteca sia da annotarsi contemporaneamente al tramutamento della Cartella in iscrizione nominativa (art. 24). della legge 10 luglio 1861, e art. 90 e 111 del Regolamento.

L'ipoteca non ha effetto, se non sia annotata sull'iscrizione e sul certificato relativo. Quindi sebbene l'ipoteca sia stata regolarmente consentita, e sia pure notificato l'atto all'amministrazione, o depositato presso la medesima, tuttavia sino a che non sia depositato il certificato per rendere possibile l'annotazione sopra esso e sopra l'iscrizione, non rimangono pregiudicati i diritti, che per attergato avesse altri acquistato sulla rendita (art. 26 legge 10 luglio 1861 e art. 104 Regolamento).

La detta legge e il regolamento stabiliscono con precisione le norme come si modifichino e si rettifichino le iscrizioni dell'ipoteca e come si proceda all'espropriazione forzata della vendita.

Chi vuole una nozione esatta della detta legge 10 luglio 1861 e del Regolamento può consultare l'*Istruzione sull'ordinamento dal Gran Libro e sulle disposizioni legislative e regolamentarie*, stampata in Firenze, stamperia reale, 1876.

19. È nato il dubbio se possano ipotecarsi le cartelle fondiarie nominative emesse dagl'istituti di credito autorizzati ad esercitare il credito fondiario, perchè al loro trasferimento il regolamento applica le stesse disposizioni del debito pubblico; pos-

Digitized by Google

sono essere ricevute in pegno per anticipazione da ogni stabilimento di credito nei limiti determinati dagli statuti, ed in esse possono essere investiti e convertiti i capitali degl'incapaci, dei minori, delle donne maritate ed in generale di tutti quelli, che per legge o per convenzione o disposizione testamentaria devono essere impiegati in prestiti ipotecari, in acquisti d'immobili od altrimenti, giusta la legge del 22 febbraio 1885, n. 2932 serie 2.

L'articolo 1967, n. 4 del Codice civile dichiara capaci d'ipoteca le sole rendite sopra lo Stato: non vi poteva certo comprendere le cartelle emesse dagl'istituti del credito fondiario, perchè questi non erano stati a quel tempo istituiti. La legge della loro istituzione che ne stabilisce le norme, non dichiara le cartelle capaci d'ipoteche: per cui, finchè una disposizione di legge non lo dichiara espressamente, deve ritenersi di non potere essere ipotecate.

Digitized by Google

CAPO TERZO

Della iscrizione

SOMMARIO

1. L'ipoteca si rende pubblica colla iscrizione nell'uffizio delle ipoteche del luogo, ove si trovano i beni gravati.
2. Quali persone son tenute ad iscrivere l'ipoteca legale delle donne maritate, dei minori e degl'interdetti.
3. Disposizione speciale per l'ipoteca degli alienanti.
4. Sopra quali beni si può iscrivere l'ipoteca giudiziale.
5. La iscrizione può essere presa da chiunque.
6. Il conservatore rilascia ricevo della presa iscrizione: la difformità tra le note e l'effettuata iscrizione rende risponsabile il conservatore verso la parte iscrivente; la sola iscrizione nel registro è documento per i terzi senza che le note loro giovino o nuocciano: i registri sono pubblici.
7. Bisogna presentare al Conservatore il titolo costitutivo dell'ipoteca.
8. Se sia nulla l'iscrizione presa in virtù di scrittura privata non autenticata nè riconosciuta, o non legalizzata se sia stata stipulata all'estero.
9. Le note debbono contenere il nome del creditore.
10. Dell'annotazione delle surroghe, delle cessioni e dei pegni e dei loro effetti.
11. Nelle note deve enunciarsi il nome del debitore.
12. Se la morte del debitore produca variazione nel diritto e nella forma della iscrizione e quali.
13. Modificazioni che derivano dal cangiamento della intestazione catastale; esame della quistione, se il creditore ereditario possa iscrivere l'ipoteca in danno del legatario: quali sieno gli effetti della omissione e dell'inesattezza di alcuna delle forme della iscrizione.
14. Si deve eleggere il domicilio nella giurisdizione dell'uffizio delle ipoteche.
15. Si deve indicare la data, la natura del titolo, e il pubblico uffiziale che lo ha stipulato o autenticato.
16. Si deve indicare l'importare della somma in capitale, in interessi ed annualità; esame di due quistioni intorno alla indicazione del capitale o degl'interessi.
17. Si deve indicare la natura e la situazione dei beni.

Digitized by Google

18. Della competenza e delle notificazioni.
19. È nulla l'iscrizione presa dopo la dichiarazione di fallimento; non si estende alle rinnovazioni.
20. Conseguenze che ne derivano.

1. L'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica (art. 1965), e si rende pubblica mediante la iscrizione nell'uffizio delle ipoteche del luogo in cui si trovano i beni gravati (art. 1981).

Non è uno l'uffizio delle ipoteche che comprenda tutto il territorio del regno: essi sono moltiplici per comodo delle parti, distribuiti sopra determinate porzioni di territorio, destinati a ricevere le iscrizioni, le trascrizioni e le altre annotazioni designate dalla legge, che si riferiscono agl'immobili in ciascuno di essi compresi. In tal guisa coloro i quali hanno interesse di consultare i pubblici registri per conoscere se alcuna iscrizione, trascrizione o annotazione sia stata fatta, non son tenuti che a consultare quelli del solo uffizio del luogo in cui si trovano i beni gravati (1).

Se l'iscrizione avviene in uffizio diverso, essa è del tutto inutile per i terzi; non essendo obbligati costoro a consultare tutti gli uffizi del regno. Onde essa è nulla per incompetenza assoluta. E ciò accade anche quando uno stesso immobile sia posto nella circoscrizione di diversi uffizi. Bisogna eseguire la iscrizione, la trascrizione o l'annotazione nei diversi uffizi, perchè abbiano valore su tutto il medesimo: altrimenti avranno efficacia su quella parte che è posta nell'uffizio dove si sono operate le iscrizioni, le trascrizioni e le annotazioni.

2. A tutelare l'interesse delle donne maritate, dei minori e degl'interdetti s'impone l'obbligo a determinate persone di domandar la iscrizione.

---

(1) Le grandi e le piccole circoscrizioni degli uffizi hanno, ciascuna, proprii vantaggi e difetti. Quando sono ipotecati diversi immobili, posti in contrade distanti fra loro, la grande circoscrizione se non toglie del tutto, diminuisce il fastidio e la spesa di dover operare l'iscrizione in parecchi uffizi. Il che se è accresciuto dalle piccole circoscrizioni, ne è agevolato alle parti l'accesso. Quante trascrizioni non sarebbero omesse, per la difficoltà d'inviare a grandi distanze la copia dell'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, che contiene il contratto!

Digitized by Google

Il marito e il notaio che ha ricevuto l'atto della costituzione della dote *sono tenuti* a domandar la iscrizione dell'ipoteca legale fra venti giorni dalla data dell'atto.

Può essere richiesta dal costituente la dote ed anche dalla moglie senza bisogno di autorizzazione (art. 1982).

Il tutore, il protutore e il cancelliere, che ha assistito alla deliberazione del consiglio di famiglia, colla quale sono indicati gl'immobili del tutore soggetti all' ipoteca legale sopra i medesimi (art. 292 293), *debbono* chiedere la iscrizione fra venti giorni dalla data di detta deliberazione (art. 1983).

Può essere richiesta l' iscrizione dal minore o dall' interdetto senza bisogno di assistenza o di autorizzazione, ed anche dai parenti.

Se le persone obbligate a prendere la iscrizione delle anzidette ipoteche legali, non adempiono a tale obbligo nel termine stabilito, son tenute al risarcimento dei danni ed incorrono in una multa estendibile a lire mille.

Inoltre il tutore e protutore possono essere rimossi dalla tutela.

Il procuratore del Re deve vegliare alla esecuzione di siffatte disposizioni, promuovere, ove ne sia il caso, l'applicazione delle pene stabilite, e può anche richiedere l'iscrizione delle menzionate ipoteche (art. 1084).

3. Non è dato termine all' alienante d'iscrivere la sua ipoteca legale. La medesima non può essere pregiudicata da alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquisiti verso il nuovo proprietario prima della trascrizione del titolo di acquisto, (art. 1942). Ed il conservatore, nel trascrivere questo atto di alienazione, deve iscrivere di ufficio l'ipoteca legale spettante all'alienante. Dalla quale iscrizione il Conservatore è dispensato, se gli vien presentato un atto pubblico o una scrittura privata autenticata da notaio od accertata giudizialmente, da cui risulti che gli obblighi furono adempiti (art. 1985).

Se il Conservatore non compie il suo ufficio, è tenuto ai danni: alla quale azione ha solamente diritto l'alienante, senza che il difetto d'iscrizione per colpa sua o del conservatore possa far venir meno il principio, che non abbiano effetto nè prendano grado le ipoteche non iscritte (art. 1985).

Digitized by Google

Si è censurato il Codice per non avere statuito un termine entro il quale avesse dovuto iscriversi l'ipoteca dell'alienante; sicchè si avvera l'unico caso in cui vi sia un'ipoteca occulta valevole. Ma se bene si considera la cosa, ciò non è, poichè si deve iscrivere almeno nel momento, nel quale si opera la trascrizione del titolo di acquisto. Non vi è alienaziene rispetto ai terzi che dal dì della trascrizione del titolo. Finchè non si trascrive, è occulta l'alienazione come è occulta l'ipoteca dell'alienante, che rispetto ai terzi è considerata come tale non fosse. Non vi è dunque rispetto ai terzi nè alienazione nè ipoteca: l'una e l'altra prendono efficacia dalla trascrizione e dalla iscrizione.

4. L'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degli immobili *appartenenti al debitore*. Sopra quelli *acquistati* dopo la condanna, la iscrizione non può prendersi se non a misura che essi pervengono al debitore (art. 1986).

5. L'articolo 1987 stabilisce le forme della iscrizione ipotecaria, che poi si spiegano e compiono con gli articoli seguenti. Nell'indicare ciascuna forma, per maggior chiarezza aggiungeremo il suo compimento contenuto nei detti articoli.

Per operare l'iscrizione, si presentano all'ufizio del Conservatore il titolo costitutivo dell'ipoteca, e due note una delle quali può essere stesa in calce allo stesso titolo. Così comincia a dire l'articolo 1987.

La prima dimanda che si può fare, è la seguente: Chi ha il diritto di presentare il titolo e le note per operarsi la iscrizione?

I conservatori non possono, *in verun caso* e neppure sotto pretesto d'irregolarità nelle note, ricusare, o ritardare la consegna dei titoli presentati e di fare la iscrizione: possono ricusare di ricevere le note ed i titoli, se non sieno in carattere intelligibile, o quando non trovano i requisiti dei quali quindi a poco parleremo. E fra questi requisiti non vi è quello che le note debbano essere firmate (art. 2069).

I conservatori debbono annotare nel registro generale i titoli presentati colle note al momento della consegna e *la persona dell'esibitore*, alla quale daranno ricevuta in carta libera senza spesa colla indicazione del numero d'ordine del registro (art. 2071).

Da ciò deriva che il Conservatore deve riguardare come

Digitized by Google

persona legittima a chiedere l'iscrizione *chiunque* presenti a lui il titolo e le due note, e scrivere sul registro il nome che assume l'esibitore sebbene nol conosca; questi si reputa mandatario dell'interessato, o suo gestore di negozio. Il rifiuto, il ritardo di una iscrizione può produrre un danno irreparabile, ed essendo la iscrizione un atto di mera conservazione, non si è creduto di imporre all'esibitore l'obbligo di presentare al Conservatore un mandato scritto, che avrebbe dovuto essere formato con atto autentico o con privata scrittura autenticata, o riconosciuta in giudizio; senza di che sarebbe stato inutile, essendo cosa agevole ingannare il Conservatore, presentando un mandato scritto in una carta falsa, con firma falsa, col nome di un mandatario supposto: nè al Conservatore si poteva imporre l'obbligo di fare queste indagini, senza dargli il diritto di ricusare, nel dubbio, o ritardare l'iscrizione. Ed è perciò che non si è richiesto che le due note fossero firmate dall'interessato, presumendosi il mandato nell'esibitore del titolo e delle due note.

La Corte di cassazione di Napoli con sentenza dei 7 dicembre 1888 ha ritenuto che le note da esibirsi al Conservatore delle ipoteche non debbono essere firmate, ancorchè il registro generale non fosse firmato dall' esibitore, essendo questo un atto pubblico.

Il Codice francese nel suo articolo 2148 dice « *il creditore presenta* o *fa presentare*. La legge belgica del 16 dicembre 1851 dice « il creditore *presenta, o personalmente o per mezzo di un terzo* ». Tutti gli altri Codici, l'Albertino, l'Estense, quello delle Due Sicilie e di Parma sono conformi al testo francese e belgico. Il regolamento pontificio, nell'articolo 141 dice « *il creditore presenta o farà presentare da altra persona, benchè non munita di procura* ». E nell'articolo 142 dispone, che e due note debbono essere *sottoscritte da lui o dalla persona incaricata*. La legge Toscana del 2 maggio 1836 dice nell'art. 82 « *Il creditore da sè stesso o per mezzo di altri deve presentare* le due note *sottoscritte dallo stesso inscrivente o da un suo incaricato*.

Il Codice italiano ha usato una frase più indeterminata in quanto alla persona, *si presentano*, senza indicar da chi. Qualunque sia l' esibitore del titolo e delle due note, il Conservatore non può rifiutarle, sol perchè non firmate.

Digitized by Google

Si è andato tant'oltre, che le due note sogliono compilarsi nello stesso uffizio delle ipoteche, e sono state dichiarate valide le iscrizioni distese dall'uffizio del Conservatore, agendo in tal caso non quale uffiziale pubblico, ma come un privato a titolo di gestione di affari (1).

Se da un lato noi riteniamo la validità delle iscrizioni prese, ad istanza di chiunque, a favore del creditore, reputando questo chiunque come un mandatario un utile gestore sol perchè portatore del titolo, riteniamo dall'altra che colui, nel cui nome si è operata la iscrizione abbia il diritto di rivolgersi per i danni contro l'esibitore, se noto per la firma apposta alle note, o in qualunque altro modo, cui non abbia dato alcun mandato, qualora con la sua gestione gli abbia arrecato danno, come se il creditore essendo stato già soddisfatto, sia molestato dal debitore pel risarcimento dei danni derivante dall' indebita iscrizione. E questo stesso diritto riconosciamo nel debitore di essere rifatto del danno dall'esibitore del titolo e delle note, che senza alcun mandato scritto od orale abbia indebitamente fatto operare un'iscrizione in danno suo.

6. Il Conservatore, eseguita la iscrizione, restituisce al richiedente i documenti ed una delle due note, la quale deve contenere in calce il certificato da lui sottoscritto dell' affettuata iscrizione, con la data ed il numero d'ordine della medesima.

Tutti i registri del Conservatore sono atti autentici formati come sono da un uffiziale pubblico, sicchè per impugnare la verità non si può ammettere altra prova che quella derivante dal giudizio di falso.

Nel rispetto dei terzi, se vi è difformità tra la iscrizione effettuata dal conservatore nel registro delle *Iscrizioni* con quella di entrambe le note o di una di esse, fa fede la iscrizione fatta nel registro, senza che i terzi possano aver vantaggio o danno dal contenuto in una o in entrambe le note. La difformità tra esse e la iscrizione effettiva serve a determinare la responsabilità del conservatore verso il creditore, che sarà giudicata secondo i principi del diritto comune.

---

(1) Cass. franc. 13 luglio 1841. Martou, vol. 2 n.° 1050.

Digitized by Google

7. L'ipoteca può anche derivare da atto privato (art. 1978); ma l'iscrizione non *può ottenersi, se la sottoscrizione di chi l'ha acconsentita non è autenticata da notaio, od accertata giudizialmente,* dice l'articolo 1989, in conformità del quale si vieta al conservatore di ricevere la scrittura privata non autenticata nè riconosciuta.

Al Conservatore si deve presentare l'originale della privata scrittura che coi documenti relativi, se ve ne sono, deve restar depositato nell'uffizio delle ipoteche (art. 1989).

Se l'originale della scrittura si trova depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio, basta la presentazione di una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, assicurando però che la scrittura sia stata autenticata o riconosciuta in giudizio.

È da notare che l'autentica o il riconoscimento è richiesto della sola firma di chi ha consentita l'ipoteca, potendo essere la scrittura privata unilaterale, senza l'intervento della persona a cui vantaggio è stata acconsentita; la cui accettazione si deduce dalla presentazione, che egli di persona o qualche suo mandatario o gestore ne fa al Conservatore (1).

Gli atti seguiti in paese estero debbono essere legalizzati prima che si presentano per la iscrizione (art. 1990). Onde è vietato al conservatore di riceverli senza che sieno forniti di tale forma (art. 2069).

Se l'ipoteca deriva da un atto pubblico, ricevuto nel regno, o da una sentenza, pronunziata da un'autorità giudiziaria del regno, l'iscrizione può essere domandata, quantunque non sia pagata ancora la tassa di registro a cui sia soggetto il titolo. In tale caso non è necessaria l'esibizione del titolo, ma le note che si presentano per l'iscrizione debbono essere certificate dal notaio, che ha ricevuto l'atto, o dal cancelliere dell'autorità giudiziaria, che ha pronunziata la sentenza.

Però il richiedente deve presentare una terza copia della nota, la quale sarà dal convervatore vidimata e trasmessa immediatamente all'uffiziale incaricato della riscossione della tassa suddetta.

---

(1) Consulta n.° 15 del Capo secondo.

Digitized by Google

Come sarà veduto in prosieguo, l'ipoteca prende grado dal numero d'ordine dell'iscrizione. Or può avvenire che il debitore dopo aver acconsentita l'ipoteca tenti di frustarne gli effetti con alienare l'immobile ipotecato o col costituire diritti sul medesimo, facendone immediatamente trascrivere o iscrivere gli atti, e può avvenire ancora che egli ciò faccia nel corso del giudizio. Ad evitare questo pericolo si è voluto agevolare la iscrizione dell'atto donde deriva l'ipoteca, agevolezza, che non ottiene sempre lo scopo, che alcune legislazioni intendevano o intendono ottenere, col sistema della *prenotazione*; sistema, che non si è creduto adottare nel fine di non vincolare la proprietà immobiliare sulla richiesta di un tale che si afferma creditore senza esibizione di titolo efficace, come si è permesso nei sequestri conservativi dei beni mobili, facili ad essere sottratti (art. 924 Cod.) di proc. civ.

Da ultimo per la iscrizione del diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede non è necessaria la esibizione di titoli, bastando la presentazione delle due note (art. 2060).

8. È quistione, se sia valida o nulla la iscrizione presa dal Conservatore in virtù di privata scrittura non autenticata nè giudizialmente riconosciuta, o di atto seguito all'estero e non legalizzato.

Credono alcuni che la iscrizione sia valida. Il conservatore che riceve l'atto senza che abbia le forme indicate dagli articoli 1989, e 1990, non ostante l'espresso divieto della legge, e lo iscrive, può essere tenuto alla multa estendibile a lire duemila, articolo 2075, ed anche ai danni, ma non si può giungere fino al segno di dichiarare la nullità dell'ipoteca, non ricevendo i terzi alcun danno dall'omissione di simili formalità, quando il titolo che si è iscritto, sia vero. E ciò tanto più che l'articolo 1998 non pronunzia la nullità dell'iscrizione se non vi sia assoluta incertezza sulle indicazioni del titolo costitutivo dell'ipoteca (1).

---

(1) La cassazione di Roma con sentenza del 13 giugno 1887 (Lamiani e Brisse) ritiene che in mancanza di autentica richiesta nell'interesse del debitore non possa essere opposta dei terzi come motivo di nullità.

Digitized by Google

Non accettiamo questa opinione.

La iscrizione di un'ipoteca sopra un immobile produce un danno grave al debitore rendendogli difficile se non impossibile, di farne l'alienazione o sottoporlo ad ipoteche. Essa si prende sulla richiesta verbale del creditore, e che può non essere la persona che si presenta. Quando la scrittura privata non è autenticata nè giudizialmente riconosciuta, può la firma essere apocrifa. Sicchè il debitore può avere vincolata la proprietà senza che lo sappia e senza responsabilità di colui a favor del quale appare foggiata, se non si dimostri la scienza, che costui ne abbia avuto.

Per far cancellare l'iscrizione si deve fare un lungo e dispendioso giudizio di verificazione; che può essere anche pericoloso, se lungo tempo sia interceduto tra l'iscrizione e il giudizio, e se essendo morto il debitore ne vada il peso a carico dell'eredità.

Ed intanto finchè il giudizio non si compie con una sentenza passata in giudicato, l'immobile sarebbe vincolato. Altro che sequestro conservativo!

I terzi debbono essere certi dell'autenticità delle scritture, mediante le quali si vincola la proprietà altrui, tanto più che questi terzi possono essere non solo coloro che hanno un'ipoteca convenzionale, ma anche un'ipoteca giudiziale; per ottener la quale non occorre il concorso del debitore e nè si è volenterosi sempre a diventar creditori di lui. Gli stessi creditori chirografari hanno interesse a che il diritto di preferenza che debbono patire, sia dimostrato da pruove certe, non dipendenti da istruzioni la cui riuscita è pericolosa.

L'articolo 1998 conferma la nostra opinione. Non è nulla l'iscrizione presa in virtù di un titolo, le cui *indicazioni omesse o inesatte* producono assoluta incertezza; ma qui non si tratta di omissione o d'inesattezza d'indicazioni, che avrebbe il titolo dovuto contenere secondo la legge, ma della forma estrinseca del titolo, della sua autentica, dell'istromento di prova del contenuto nel titolo.

Ed aggiungiamo inoltre, che il Codice italiano ha interamente equiparato la trascrizione e l'iscrizione in quanto al titolo, che deve essere trascritto ed iscritto. L'articolo 1936 è uniforme nel

Digitized by Google

suo contenuto all'articolo 1998; e l'articolo 1940 restringe la validità della trascrizione al solo caso che l'omissione o l'inesattezza delle note non induca l'assoluta incertezza sul trasferimento del diritto o sull'immobile, che n'è l'oggetto, tacendo del tutto della forma estrinseca del titolo e delle indicazioni in esse contenute.

La trascrizione di una scrittura privata non autenticata nè giudizialmente riconosciuta, cioè di una scrittura, che l'alienante e l'acquirente dicono apocrifa, non può essere che nulla; spesso per riconoscere la verità si dovrebbero fare lunghe istruzioni, e forse dopo lungo tempo non potrebbe aversi alcuna certezza da potervisi fondar sopra con sicurezza il fatto del trasferimento di un immobile o di un diritto sul medesimo, o di rinunzia ad un diritto.

Riteniamo adunque che l'iscrizione presa in virtù di scrittura privata non autenticata nè legalmente riconosciuta, o di un atto seguìto all'estero non legalizzato, sia nulla, e che possa domandarsene la cancellazione dal debitore e dai terzi.

La Corte di cassazione di Napoli con sentenza del 14 aprile 1885 ha ritenuto che la nullità dell'autentica, apposta alla scrittura privata costitutiva dell'ipoteca, rende nulla verso i terzi la correlativa iscrizione.

È in questa soltanto, dice la Corte, che si riassume verso i terzi tutta l'efficacia dell'ipoteca, mercè la prova dell'integrità del consenso di chi l'ha consentita; d'onde la necessità dell'autentica legale, giusta l'articolo 1998 del Codice civile: e questa giurisprudenza fu confermata con altra sentenza del 16 luglio 1888. La Corte di Firenze è uniforme a quella di Napoli (sentenza 5 marzo 1883, (Moschini c. Berti).

9. Le note da presentarsi al Conservatore, una delle quali si deve iscrivere nel registro delle iscrizioni letteralmente, debbono contenere (art. 1987):

Il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del creditore e il nome di suo padre.

È necessario sapere chi sia il creditore, per poterglisi intimare gli atti occorrenti ne'giudizi di espropriazione e di purgazione, per poter chiedere contro di lui la riduzione e la cancellazione delle iscrizioni, e poter ottenere la surroga legale per pagamento giusta l'articolo 1253 n.° 1.

Digitized by Google

Si sosteneva che l'adempimento di tutte coteste forme fosse a pena di nullità da una scuola e da una giurisprudenza rigida: mentre un'altra scuola ed un'altra giurisprudenza propèndeva a ritenere che, essendo queste forme scritte nel vantaggio del creditore, fosse indifferente la incertezza della sua persona ai terzi, i quali avrebbero potuto intimare, o promuovere i giudizii in tal caso come se si trattasse di persone ignote.

Eccessiva è l'una e l'altra opinione, e il Codice italiano ha fatto cessare la discordanza, statuendo, che sia nulla l'iscrizione, se la omissione e l'inesattezza delle indicazioni inducano *assoluta* incertezza sulla *persona* del creditore (art. 1998).

Le altre omissioni o inesattezze dànno diritto a chiedere la rettificazione a spese e a dimanda della parte interessata.

Può il creditore esser morto quando si chiede l'iscrizione. Ciò non pertanto, argomentando delle disposizioni degli articoli 1996 e 2006 si può ritenere, che la iscrizione possa prendersi a favore del creditore, sebbene defunto, o della sua eredità senza obbligo di far menzione degli eredi e degli aventi causa, relativamente al credito del quale si domanda la iscrizione.

Se più sono i coeredi ed a nome di un solo, o di più, ma non di tutti, si pretende la iscrizione non per le quote spettanti a ciascuno degl'iscriventi, ma per l'intero, gli altri coeredi che non figurano nella iscrizione possono o pur no profittarne?

Se la divisione dei crediti è già avvenuta fra i coeredi, ciascuno coerede, che non sia procuratore dell'altro, non può prendere iscrizione se non per quella parte del credito o per tutto il credito che gli è stato attribuito. Ma se la divisione non è avvenuta, ciascuno dei coeredi ha diritto di usare tutt'i modi necessari a conservare la integrità della cosa comune nell'interesse suo e degli altri partecipanti. Imperocchè per l'articolo 1204 se è vietato agli eredi del creditore di domandare il credito intero, dovendo limitarsi a chiedere le parti loro spettanti, non pertanto l'articolo 994 impone che nella formazione della massa e composizione delle quote si tenga ragione dei crediti, e dei diritti mobiliari. La spettanza definitiva è dunque determinata dalla divisione che ne fanno i coeredi. Ognuno di essi prima della divisione ha interesse a conservare l'integrità del credito nel vantaggio proprio ed in quello degli altri, potendo ciò concorrere ad

Digitized by Google

agevolare la composizione delle quote ed a servir di garentia a chi deve averne una maggiore quota degli altri, che forse precedentemente han preso.

Lo stesso principio abbiamo adottato per la interruzione della prescrizione, perchè e la prescrizione e la iscrizione sono atti di mera conservazione (1).

10. Al debitore iscritto *possono* succedere il cessionario, la persona surrogata, o il creditore, che ha il credito in pegno, facendo annotare al margine o in calce dell'iscrizione presa dal loro autore la cessione, la surrogazione od il pegno (art. 1944).

Se la scrittura di cessione di surrogazione o di pegno è privata, o l'atto è seguìto in paese estero, deve essere autenticata a riconosciuta o legalizzata secondo che dispongono gli articoli 1989 e 1990.

Gli effetti dell'annotazione sono: la iscrizione non può essere cancellata senza il consenso del cessionario, surrogato, o creditore pignoratizio: le intimazioni o notificazioni che occorresse di fare in dipendenza dell'iscrizione saranno fatte nel domicilio eletto dallo stesso cessionario, surrogato, o creditore pignoratizio per quanto riguarda l'interesse dei medesimi.

La Corte di cassazione di Roma fa produrre un altro effetto all'annotazione: stabilisce, cioè, la preferenza tra i diversi cessionarii dello stesso credito.

Il che sarebbe una modificazione dell'articolo 1539 allorchè il credito sia ipotecario, nel qual caso non sapremmo per verità decidere, se la priorità dell'intimazione dovesse preponderare su quelle dell'annotazione o viceversa.

L'articolo 1994 è stato oggetto di largo commento altrove (2): per cui ci limitiamo ad aggiungere come potrebbe essere riformato nel caso di una revisione.

L'intimazione al debitore o l'accettazione della cessione di un credito iscritto, della ipoteca, del grado, della surrogazione, della delegazione, o del pegno, per avere effetto verso i terzi,

---

(1) Mirabelli Della prescrizione n° 105.

(2) Consulta *Diritto dei terzi*, pag. 355 e seg. num. 17 e seg. *Contratti speciali*, n.° 6 pag. 323.

Digitized by Google

debbono essere annotate in margine o in calce dell' iscrizione presa dall' autore, consegnando al conservatore l' atto relativo.

Ove questo sia una scrittura privata od un atto seguìto in paese estero, si osservano le disposizioni degli articoli 1989 e 1990.

Dopa questa annotazione l'iscrizione non può essere cancellata senza il consenso di coloro, che l'hanno fatta eseguire, e le intimazioni o notificazioni, che occorresse fare in dipendenza dell'iscrizione, saranno fatte al loro domicilio eletto, per quanto riguarda il loro interesse.

Se il credito ipotecario non è stato ancora iscritto, la iscrizione sarà presa in nome dell'originario creditore facendosi l'annotazione al margine, o in calce della medesima.

11. Le note debbono contenere il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del *debitore*, la sua professione ed il nome di suo padre (art. 1987, n.° 1).

Debitore è anche colui, che ha acconsentito l'ipoteca, sebbene non si sia personalmente obbligato; per cui contro di lui, che è il possessore dell'immobile, deve prendersi l'iscrizione. Che se il debitore personale del credito è anche possessore dell'immobile ipotecato, si deve prendere iscrizione eziandio contro di lui.

Le iscrizioni seguendo per nome e cognome del possessore del fondo anche non obbligato personalmente al debito, il Conservatore è nell'impossibilità di rilasciare lo stato delle iscrizioni a carico di un ignoto, nè i terzi, consultando i registri, potrebbero essere costretti di leggerli da capo a fondo per conoscere se l'immobile cui hanno di mira, sia stato a favore di alcuno ipotecato.

Non tutte le indicazioni volute dalla legge per conoscere la persona del debitore o di quella del possessore del fondo gravato sono essenziali; l' articolo 1998 pronunzia la nullità della loro omissione od inesattezza, quando inducano assoluta incertezza sulla persona del debitore o del possessore del fondo gravato, quando ne è necessaria la indicazione.

12. La morte del debitore non offende il diritto d'iscrivere appartenente al creditore ipotecario; solamente può arrecare qualche modificazione al modo d'iscrizione.

Non è così per l'articolo 2146 del Codice francese; secondo

Digitized by Google

il quale, se la iscrizione è presa dopo l'apertura della successione accettata col beneficio dell'inventario o giacente non ha alcun effetto.

Esso eguaglia l'eredità beneficiata, o giacente, al fallimento; e siccome dichiara nulle le iscrizioni prese dopo la dichiarazione di fallimento, estende la stessa nullità a quelle, che si fanno dopo la morte del debitore, nel caso che l'eredità sia stata accettata col beneficio dell'inventario o sia giacente. Dipende così dal fatto dell'erede il togliere o il conservare il dritto del creditore d'iscrivere utilmente la sua ipoteca.

Eguagliare l'eredità beneficiata ad un fallimento è un errore manifesto.

L'accettazione col beneficio d'inventario è imposta agli enti morali, ai minori ed agl'interdetti, sebbene siano ricchissime le eredità, ed è nella consuetudine anche delle persone, che hanno facoltà di scelta di accettare col beneficio d'inventario come un mezzo di cautela per ogni eventualità, ed anche per regolare la tassa di successione sulle cose mobili.

Il principio che lo stato dei creditori nell'apertura di una successione beneficiata o giacente deve essere diffinitivamente regolato qual è nel momento, che si è aperta, è anch'esso esagerato, essendosi esteso a quei creditori, i quali hanno un'ipoteca debitamente costituita durante la vita del debitore, ed a cui non manchi che la sola iscrizione per avere il suo effetto.

Onde il Codice italiano, restringendo l'effetto di un'eredità beneficiata o giacente ad impedire la costituzione di nuove ipoteche sulla medesima, affinchè lo stato dei creditori si conservi qual è nel momento dell'apertura della successione, non fa venir meno il diritto d'iscrivere utilmente un'ipoteca già legalmente costituita prima dell'apertura della successione, ancorchè sia stata accettata col beneficio dell'inventario o sia giacente.

In quanto alla forma della iscrizione, si permette al creditore d'iscrivere la ipoteca in danno del suo debitore come se fosse tuttavia vivo, ancorchè gli fosse nota la morte e senza far menzione degli eredi.

La pubblicità della iscrizione non viene con ciò diminuita. Imperocchè i terzi hanno il dovere non solo di consultare nel

Digitized by Google

registri il nome del loro debitore, ma quello altresì dell'autore, dal quale gli è provenuto l'immobile su cui cade l'ipoteca.

Può anche il creditore iscrivere in danno dell'eredità, senza far menzione degli eredi, indicando il defunto colle sue qualificazioni come se fosse vivo, e può anche iscrivere in danno dei soli eredi. Ma se ciò fa, deve iscrivere contro tutti i coeredi colle qualificazioni di ciascuno di essi; ed estendendo vie più il sistema di pubblicità l'articolo 1996 dispone che, ove al tempo dell'iscrizione gl'immobili ipotecati appariscano da tre mesi passati nei registri del censo agli eredi o ad altri aventi causa, l'iscrizione deve essere presa *anche* contro costoro con le indicazioni stabilite nel numero primo dell'articolo 1987 in quanto risultano dagli stessi libri censuari.

Questo capoverso è aggiunto all'articolo 2149 del Codice francese, ed è derivato dall'articolo 90 della legge ipotecaria toscana del 2 maggio 1836; ma è stato perfezionato.

Per registri del censo non possono intendersi quelli d'iscrizione e di trascrizione. La parola censo denota la *aestimatio secundum quam tributa penduntur* secondo che chiarì la Corte di cassazione di Napoli con sentenza del 23 dicembre 1880, uniformemente a quanto aveva dichiarato con una precedente sentenza del 20 luglio 1876.

Ritorneremo a discorrere di questo capoverso in occasione *Delle rinnovazioni* e *dell'azione ipotecaria contro i terzi possessori*.

13. Se l'intestazione catastale è passata da tre mesi dal defunto agli eredi, la estensione dell'iscrizione anche contro di essi non offre alcuna difficoltà, o che siavi stata divisione, o che sia tuttavia indivisa la successione. Imperocchè la divisione, non operando alcun trasferimento di proprietà, per essere dichiarativa della parte, che a ciascun di essi spetta nella successione, il diritto d'iscrivere contro ciascuno di essi la ipoteca, costituita durante la vita del loro autore, non offre alcun mutamento.

Non è lo stesso in quanto agli aventi causa, ossia a coloro ai quali è stata trasferita la proprietà piena o l'usufrutto, o la nuda proprietà, o un diritto di enfiteusi attivo o passivo a titolo particolare. Imperocchè, se costoro han trascritto il loro titolo di acquisto, ogni iscrizione posteriore alla trascrizione non può

Digitized by Google

avere alcun effetto contro l'acquirente (art. 1942). Donde deriva che la iscrizione contro gli aventi causa del debitore, o dei loro eredi, può aver luogo nel solo caso, che costoro non abbiano trascritto i loro titoli di acquisto, non potendo l'articolo 1996 aver imposto al creditore di prendere iscrizione in danno dell'acquirente, quando l'articolo 1942 la dichiara nulla.

Che si dirà, se l'avente causa sia un legatario? La ragion del dubbio nasce da ciò, che « il legatario acquista la proprietà del legato rispetto a tutti dal dì dell'apertura della successione, nè deve per conservare il suo diritto rispetto ai terzi trascrivere il testamento (art. 862, 856, 1932). Sicchè l'articolo 1842, che stabilisce la preferenza tra coloro, che debbono trascrivere i loro titoli ed i terzi, che hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile, non è applicabile al legatario. Devesi dunque ritenere, che il legatario acquisti l'immobile nello stato, in cui si trova nel momento dell'acquisto e che i creditori ipotecari che non abbiano iscritto durante la vita del debitore, perdano il diritto d'iscrivere contro il legatario; ossia sulla cosa altrui.

L'articolo 1033 stabilisce che il legatario non è tenuto a pagare i debitori ereditari, salvo l'azione ipotecaria sul fondo legato, la quale non è concessa che quando sia efficace (art. 2014); ma l'ipoteca non è efficace che quando sia iscritta, non potendo avere alcun effetto senza l'iscrizione (art. 1965) ».

Se d'altronde si ammettesse che i creditori ereditari, i quali non abbiano iscritta la loro ipoteca durante la vita del debitore, potessero iscriverla in qualunque tempo in danno del legatario, la condizione giuridica del fondo resterebbe incerta, finchè non fosse prescritta l'ipoteca; non essendosi concessa al legatario alcun mezzo come arrestarne il corso.

Non ostante la gravità di questi argomenti, credono alcuni che i creditori ipotecari del debitore, che non abbiano iscritto le ipoteche durante la sua vita, possano iscriverla in danno del legatario anche quando non abbia trascritto il testamento, o pure avendo alienato l'immobile legato, non sia trascritto il titolo traslativo.

Non vi è nessuna disposizione, la quale limiti il diritto dei creditori ereditari che abbiano un'ipoteca valida, d'iscriverla dopo la sua morte sugl'immobili della successione. Tre soli articoli vi si possono riferire, e sono il 1033, il 1996, il 2040.

Digitized by Google

L'articolo 1033 suppone che i creditori ereditari possano iscrivere il diritto di separazione contro tutti gl'immobili della successione, compresi quelli legati. Ed il vincolo, che da questa iscrizione nasce non è che un vincolo ipotecario. Se è permesso di esercitare il diritto di separazione anche ai creditori ereditari, che non abbiano ipoteca, tanto più deve essere permesso ai creditori ipotecari non iscritti di iscrivere la ipoteca dopo la morte del debitore anche in danno del legatario, per godere quel diritto di priorità, che l'articolo 2073 loro conserva.

L'articolo 1996 non solo non riconosce alcuna variazione nel diritto d'iscrivere l'ipoteca dopo la morte del debitore, ma permette d'iscriverla, in danno del medesimo, come se non fosse morto; onde ne deriva che debba avere ogni efficacia sull'immobile ipotecato, qualunque sia la disposizione testamentaria a titolo universale, o a titolo particolare. Che anzi se l'erede o il legatario, che è un avente causa del defunto debitore, abbiano da tre mesi fatta nel loro nome rispettivo la intestazione catastale; la iscrizione debbe estendersi anche contro di essi, e ciò sotto pena di nullità.

L'articolo 2040 permette *ad ogni* acquirente, non personalmente obbligato al debito, di liberare gl'immobili da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto; la quale cosa importa, che la iscrizione posteriore alla trascrizione sia inefficace; altrimenti bisognerebbe ritenere, che la liberazione dalle ipoteche non avverrebbe da quelle che sono iscritte posteriormente alla trascrizione, il che è un assurdo.

Il legatario è un acquirente non obbligato a pagare personalmente i debiti ereditari; può dunque usare del diritto di purgazione, e se intende farlo deve come ogni altro acquirente trascrivere, il suo titolo d'acquisto che è il testamento, e la trascrizione non può produrre rispetto alla iscrizione dei creditori ipotecari effetto diverso da quello che è stabilito per *ogni* altro acquirente, cioè divieto di iscrivere dopo la trascrizione.

Il titolo della trascrizione enumera gli atti che debbono essere trascritti per produrre un determinato effetto, ma non esclude che in altri luoghi di legge siasi imposto l'obbligo della trascrizione per produrre altri effetti, dei quali non si è creduto opportuno di trattare nel titolo della trascrizione.

Digitized by Google

Dall'insieme di queste disposizioni si è cavata la conseguenza, che i creditori ipotecari del defunto hanno il diritto d'iscrivere le loro ipoteche in danno del legatario finchè non trascriva il suo titolo, o che, alienando la cosa legata non si trascriva il titolo di alienazione.

17. Stretti a dare la nostra opinione, dopo molta esitazione crediamo, che il creditore ipotecario, il quale non abbia iscritta l'ipoteca durante la vita del debitore, non possa utilmente iscriverla a danno del legatario purchè non si tratti di rendita fondiaria, (art. 878, per le seguenti ragioni).

È un principio fondamentale del nostro sistema ipotecario, che l'ipoteca non ha effetto e non può sussistere se non sia iscritta sopra beni specialmente indicati e con forma determinata: (art. 1965).

È un altro principio fondamentale, che l'ipoteca non possa costituirsi sopra i beni altrui, e coloro i quali hanno un diritto sull'immobile sospeso da una condizione o risolvibile in casi determinati non possono costituire che un'ipoteca soggetta alle medesime eventualità (art. 1974, 1976, 1977, 1979, 1969, n. 4, 1, 986).

Donde si trae, che non possa utilmente iscriversi un'ipoteca sopra un immobile che sebbene nell'atto della sua costituzione sia nel patrimonio del debitore, abbia cessato di esserlo nel momento della iscrizione.

La proprietà si trasferisce negli acquirenti con atto tra vivi; rispetto ai terzi, colla trascrizione del contratto di alienazione: e perciò la iscrizione presa sull'immobile posteriormente alla trascrizione del contratto è inefficace rispetto all'acquirente (articoli 1932, 1942).

Per contrario la proprietà dell'immobile legato e di ogni diritto sul medesimo si trasferisce nel legatario, rispetto a tutti, senza che sia necessaria la trascrizione. Ciò è disposto dall'articolo 862 per i legati puri e semplici, e sebbene l'articolo seguente imponga l'obbligo al legatario di domandarne il possesso all'erede, il fatto della consegna non porta alcuno effetto al già seguito trasferimento del diritto.

Lo stesso è a dirsi per i legati condizionali, poichè se si verifica la condizione a vantaggio del legatario, l'acquisto si re-

Digitized by Google

trotrae al momento dell'apertura della successione (art. 853, 1170).

Da ciò si deduce, che se la iscrizione sia presa dopo l'apertura della successione in danno del debitore defunto o del legatario, suo avente causa, cadrebbe sulla cosa divenuta proprietà assoluta del legatario e non di una cosa dell'erede, che rappresenta la persona del defunto; per cui è nullamente presa.

L'articolo 1033 concede al creditore l'azione ipotecaria sul fondo legato, ma non vi può essere azione ipotecaria efficace contro il terzo possessore quale è il legatario, se non sia stata utilmente iscritta (art. 2014).

Lo stesso articolo concede al creditore anche il diritto di separazione. Ma questo diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, del quale fa parte anche la cosa legata, compete ad ogni creditore sia ipotecario, sia chirografario per garentirsi contro i creditori dell'erede e le alienazioni che costui potesse fare (articolo 2055, 2062). Costituisce un vincolo reale sopra tutti gl'immobili della successione, sopra i quali è specialmente iscritto, ed equivale all'ipoteca legale, se sia stata presa nel termine di tre mesi dal dì dell'apertura della successione. Se questo diritto sarà iscritto fra tre mesi dal dì dell'apertura della successione sopra l'immobile legato farà acquistare al creditore ipotecario, iscritto, o non iscritto, il diritto di preferenza sopra lo stesso legatario ed i suoi creditori ed acquirenti. Onde il diritto di separazione non ha a confondersi colla ipoteca spettante al creditore, la quale se è utilmente iscritta gli darà anche il diritto di poziorità sugli altri creditori ereditari, secondo il grado della sua ipoteca sopra tutti i beni della successione compresi quelli legati, (art. 2063).

L'articolo 1996 impone al creditore, che non ha iscritto l'ipoteca durante la vita del debitore, d'iscriverla anche contro i suoi aventi causa, quali sono gli acquirenti con atto tra vivi e legatari, in un caso determinato; ma questo obbligo suppone il caso che il creditore non abbia perduto il diritto, d'iscrizione utilmente la ipoteca contro gli aventi causa. Onde l'acquirente con atto tra vivi, se ha trascritto il suo titolo di acquisto, e il legatario dell'immobile ipotecato non possono essere più vincolati per effetto di una iscrizione nulla.

Non è certo vietato al legatario di trascrivere il testamento,

Digitized by Google

e deve farlo in alcuni casi, come se voglia liberare l'immobile legato dalle ipoteche utilmente iscritte, o voglia far separare i miglioramenti da lui fatti nel caso dell'esercizio dell'azione ipotecaria contro di lui, ma da ciò non si può dedurre la conseguenza che, se egli voglia impedire il corso delle iscrizioni ipotecarie sull'immobile legato, debba trascrivere il testamento, poichè la legge non ha richiesto per ciò la trascrizione.

14. Le note debbono indicare il domicilio, che sarà eletto dal creditore nella giurisdizione del tribunale, da cui dipende l'uffizio delle ipoteche (art. 1987, n. 2).

E questa disposizione tende ad agevolare i terzi e il debitore per le intimazioni delle citazioni e per gli altri atti per causa dell'iscrizione come sarà ragionato sull'articolo 1999. La omissione o la inesattezza della indicazione non produce la nullità delle iscrizioni, ma gli effetti, che nell'anzidetto articolo sono indicati.

L'articolo 1995 concede la facoltà al creditore, al suo mandatario, al suo erede od avente causa, di variare il domicilio eletto nella iscrizione, sostituendovene un altro nella stessa giurisdizione. Il cangiamento è annotato dal conservatore in margine o in calce della iscrizione. La dichiarazione del creditore circa il cambiamento del domicilio deve risultare da atto ricevuto o autenticato da notaio e rimanere in deposito nell'uffizio del conservatore.

15. Debbono le note contenere la data e la natura del titolo ed il nome del pubblico uffiziale che lo ha ricevuto od autenticato (art. 1987, n. 3).

L'omissione o l'inesattezza delle indicazioni non produce la nullità dell'iscrizione, ma chi vi ha interesse può domandarne la rettificazione (art. 1998).

Si presume che il titolo sia stato presentato al Conservatore tostochè ha egli operato la iscrizione nei suoi registri (articoli 1987, 1989). Il debitore non può non sapere il titolo, a formare il quale è necessariamente concorso; ma cosa possono saperne i terzi? Possono, è vero, domandarne la rettificazione, venendo così in cognizione del titolo, ma dovrebbero soggiacere al pagamento delle spese del giudizio, perchè la legge le mette indistintamente a carico della parte interessata: il che ci par grave.

Digitized by Google

La Corte di Cassazione di Torino ritenne che l'omissione dell'enunciazione della data e natura del titolo producesse la nullità della iscrizione, ma poscia, a sezioni unite, corresse il suo errore (31 marzo 1868).

16. Deve contenere l'importare della somma dovuta e gl'interessi e le annualità che il credito produce (art. 1987 n. 4 e 5).

È ciò sostanziale di guisa che se vi sia assoluta incertezza sull'importare del credito, la iscrizione è nulla (art. 1998).

Il vincolo dei beni per somma indeterminata può produrre al debitore grave danno, impedendogli di fare qualunque operazione sopra i beni gravati sia di alienazione sia d'ipoteca.

La determinazione della somma, se non è fatta nel titolo costitutivo o dichiarativo del credito nè con atto posteriore, può farsi dal creditore medesimo nella nota per l'iscrizione (art. 1992). L'iscrizione non ha effetto che per la somma enunciata nella medesima, ancorchè si giustifichi coll'atto da cui apparisce il debito che la somma dovuta è maggiore dell'enunciata. E se la somma enunciata è maggiore di quella realmente dovuta, l'iscrizione non ha effetto che per quest'ultima somma (articolo 1997).

Se non s'indica la misura dell'interesse o dell'annualità che il capitale produce, non si ha diritto a pretendere che fossero dovuti collo stesso grado del capitale, giusta l'art. 2010.

È nata quistione; se dichiarandosi nell'iscrizione l'importare del capitale dotale, omettendosi d'indicare che esso produce l'interesse legale nel caso di restituzione, sia ciò sufficiente.

Se essendosi espressa la somma annua delle rendite perpetue e vitalizie, sia ciò sufficiente per non ritenere incerto l'importare del capitale.

Intorno alla prima quistione, la Corte di Cassazione di Napoli ha ritenuto, che essendosi nella iscrizione espresso, che il capitale fosse *dotale*, ciò fosse sufficiente a far noto al debitore ed ai terzi che fossero dovuti gl'interessi legali nel caso di scioglimento di matrimonio giusta gli articoli 1415 e 1416.

Ma la Corte di Cassazione di Roma ha invece adottata l'opinione contraria, principalmente perchè la indicazione di essere dovuti gl'interessi deve risultare dalla iscrizione, non dovendosi nè dal debitore nè dai creditori attingerne la notizia da fonti estranee.

Digitized by Google

Altrove (1) abbiamo espresso l'opinione parerci più equa e corretta l'opinione della Corte di cassazione di Napoli, poichè dalla stessa iscrizione gl'interessati attingono la notizia che il capitale sia *dotale;* il che deve bastare loro per trarne la legittima conseguenza che sieno dovuti gl'interessi sul medesimo nella misura legale nel caso della sua restituzione. Essi non sono costretti a fare alcuna indagine di fatto, che non risulti dall'iscrizione; ma invece, leggendo nella iscrizione che il capitale sia *dotale*, non può essere loro assolutamente incerto che gl'interessi siano dovuti nella misura legale, perchè si presume che la legge sia loro nota.

La Corte di cassazione di Napoli è andata più innanzi: ha, con sentenza dell'11 gennaio 1882, ritenuto che l'ipoteca iscritta per resta di prezzo d'immobili venduti sia efficace anche per gli interessi moratori nella misura legale. Quando il credito per la sua causa, essa ha detto, è produttivo d'interessi, siccome si verifica nel caso in esame ai sensi dell'articolo 1509, non può essere alcuna incertezza sul debito degl'interessi, e quindi non fa mestieri di altra iscrizione ipotecaria oltre quella già praticata pel capitale.

Ha ritenuto poi con sentenza del 23 marzo 1882, che gl'interessi convenzionali non possono collocarsi collo stesso grado del capitale, quando nella iscrizione ipotecaria non ne fu specificata la misura, sul fondamento degli articoli 1997 e 2010.

In quanto alla seconda quistione pare che non sia necessario specificare la somma capitale delle annualità, tostochè di esse si è dichiarato l'annuo ammontare. Se le annualità sono perpetue, il capitale delle medesime è determinato dall'articolo 1784 pel riscatto della rendita, non potendo però i terzi essere offesi dalla maggior somma forse risultante dal titolo, e dovendo trar vantaggio della minor somma, che dal medesimo deriva.

Se l'annua rendita è vitalizia, l'articolo 2090 dispone che verrà collocata una somma, i cui interessi corrispondano alle stesse rendite o prestazioni eccetto che i creditori posteriori eleggano di cautelare efficacemente il pagamento in altro modo. Questa somma è riversibile al creditore dopo estinto il vincolo.

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi, vol. 2, pag. 358, n. 16.

Digitized by Google

Debbono lenote contenere il tempo e l'esigibilità delle somme iscritte, forma accidentale la cui omissione non produce la nullità della iscrizione (art. 1987, n. 6).

L'omissione dell'importare del capitale dell'annua rendita tostochè di questa è indicata la quantità, non lo rende assolutamente incerto; per cui non è il caso della nullità, ma della rettificazione se occorra.

17. Debbono le note contenere la natura e la situazione dei beni colle indicazioni volute dall'articolo 1979, cioè del Comune in cui si trova, del numero del catasto, o delle mappe censuarie dove esistono, e di tre almeno dei loro confini (art. 1987, n. 7).

È questa una sostanziale formalità, la cui omissione od inesattezza produce la nullità della iscrizione, se vi sia l'assoluta incertezza sopra i *singoli* beni gravati. Si noti la parola *singoli*, il che si riferisce alla necessità di indicare la natura e la situazione di ciascuno immobile, altrimenti l'iscrizione non può sussistere per quell'immobile per cui vi è incertezza assoluta (articolo 1998).

La giurisprudenza intorno al se nei casi offertisi vi fosse o pur no assoluta incertezza e stata varia, o sarà sempre varia, perchè è una questione di fatto che si deve decidere, e le circostanze di fatto sono così variabili, ed il criterio individuale è ancor esso così vario che è difficile e fastidioso lavoro l'intrattenersi a farne specifica menzione, o a ridurlo a principii determinati.

18. L'articolo 1999 determina la competenza e la procedura per le quistioni derivanti dalle iscrizioni; e siccome le medesime si riferiscono non solo alle iscrizioni, ma anche alle rinnovazioni, alle riduzioni e alle cancellazioni, così ne ragioneremo alla fine del capitolo relativo alle cancellazioni.

19. L'articolo 1993 stabilisce che l'efficacia delle iscrizioni sui beni di un fallito sono regolate dalle leggi commerciali, e l'articolo 710 del Cod. di commercio dispone che le iscrizioni ipotecarie, ancorchè dipendenti da un titolo, riconosciuto valido, prese dopo la dichiarazione di fallimento sono nulle rispetto alla massa dei creditori.

Non deve confondersi la iscrizione ipotecaria colla sua rinnovazione. La iscrizione, per conservare la efficacia dell'ipoteca, deve essere rinnovata prima della scadenza di trent'anni dalla

Digitized by Google

sua data, art. 2001, e non cessa l'obbligo della rinnovazione che nei soli casi indicati nell' articolo 2003. Se dunque non si rinnova la iscrizione, anche dichiarato il fallimento, la ipoteca cessa di avere il suo effetto. Nè sopra ciò, che risulta dalla lettera e dallo scopo della nullità delle nuove iscrizioni prese dopo la dichiarazione del fallimento, v'è dubbio nelle scuole e nella giurisprudenza.

L'articolo 710, che dichiara la nullità delle iscrizioni, non fa alcuna distinzione fra le diverse specie di ipoteche, convenzionali, legali e giudiziali.

Si move dubbio se possa iscriversi la ipoteca per gli interessi arretrati oltre le tre annate, giusta la facoltà, che la legge concede al creditore iscritto per un capitale producente interessi.

La scuola e la giurisprudenza francese e belgica ritiene la validità della iscrizione. Ed il Laurent giustifica questa opinione nel modo seguente. Il creditore non cangia la sua condizione, egli era ipotecario, avendo conservato il suo diritto, prendendo iscrizione: conserva la sua posizione acquistata; solamente la determina e la fissa facendo conoscere gl'interessi ai quali ha diritto. L'articolo 451 sul fallimento prova che questo è lo spirito della legge; gl' interessi dei creditori privilegiati ed ipotecari continuano a correre malgrado la dichiarazione di fallimento, la legge si restringe a limitarne l'esercizio del diritto sugl' immobili ipotecati. Perchè il creditore possa esercitare questo diritto, bisogna che prenda iscrizione per gl'interessi non conservati dalla iscrizione del capitale: la legge gli permette implicitamente di prendere iscrizione per questi interessi nel corso del fallimento (1).

L'articolo 700 del nostro Codice di commercio dispone, che la dichiarazione di fallimento produce la sospensione del corso degl' interessi dei crediti non garantiti con ipoteca. I garantiti non possono essere domandati che sulle somme provvenienti dalla vendita dei beni ipotecati.

Quando dunque il capitale producente interessi è scritto, gli interessi continuano a decorrere dopo la dichiarazione del fallimento col solo limite di doversi pagare colle somme, che provvengono dalla vendita dei beni ipotecati; sicchè la massa dei

---

(1) Laurent, tom. 31, n. 78.

Digitized by Google

creditori non ha nessun diritto sopra le dette somme, che dopo la soddisfazione del capitale e degl'interessi. È il solo residuo, che deve formar parte della massa, che si distribuisce ai creditori del fallito. Ma, se non sono stati soddisfatti colla vendita dei beni ipotecati, non possono essere dovuti sulla massa chirografaria.

Qui l'articolo discorre degl'interessi, che scadono dopo la dichiarazione del fallimento. Degl'interessi già scaduti che il creditore aveva acquistato il diritto d'iscrivere non si dispone cosa alcuna, nè pare che possano iscriversi posteriormente alla dichiarazione di fallimento per la generalità della espressione dell'articolo 710. Quest'interessi, al momento della dichiarazione del fallimento non ancora iscritti, erano chirografari e tali debbono rimanere dopo la dichiarazione del fallimento per effetto del principio che la loro condizione giuridica non può migliorare in danno della massa chirografaria da quello stato, che avevano al momento del fallimento.

Per gl'interessi posteriori alla dichiarazione di fallimento l'articolo 700 si limita a farli decorrere come prima, ma non contiene alcuna derogazione all'articolo 2010 o all'articolo 718; hanno dunque lo stesso grado del capitale quegl'interessi ai quali lo concede l'artic. 2010; cioè per due annate anteriori e la corrente al momento della trascrizione del precetto e per i successivi.

Secondo noi l'articolo 700 non ha per iscopo che di determinare i rapporti tra la massa ipotecaria e quella chirografaria rispetto ai creditori, non di vantaggiare i creditori ipotecari e dispensarli dalla osservanza delle disposizioni del diritto comune.

Onde crediamo che dopo la dichiarazione del fallimento è nulla qualunque iscrizione presa dai creditori ipotecari per gli interessi arretrati prima e dopo la dichiarazione suddetta.

20. Non è inopportuno mettere in evidenza alcune delle conseguenze, che nascono dalla nullità delle iscrizioni anche delle ipoteche legali prese dopo la dichiarazione di fallimento.

Il venditore, che non ha consegnata la cosa venduta, se dopo la vendita il compratore cade in istato di fallimento in guisa che si trova in pericolo imminente di perdere il prezzo, può rifiutarsi alla consegna, ritenendo la cosa *loco pignoris*, e domandare se occorra la risoluzione del contratto (art. 1469, 1511). Nel quale caso la risoluzione non pregiudica ai terzi che hanno

Digitized by Google

acquistati diritti sopra gl' immobili anteriormente alla trascrizione della domanda di risoluzione. È lo stesso limite del rispetto ai terzi è imposto al donante per la risoluzione dimandata per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario (art. 1080).

Intanto se l'ipoteca legale del venditore non è stata iscritta prima della dichiarazione del fallimento, non può essere più validamente iscritta.

E lo stesso conservatore trascrivendo il contratto di vendita, (il che può farsi durante il fallimento) nullamente iscriverebbe di uffizio l'ipoteca legale.

L'immobile venduto, se è stato consegnato, sarà venduto a favore della massa dei creditori, ed il venditore non può essere considerato che quale creditore chirografario.

E lo stesso è a dire del donante ancorchè non avesse consegnata la cosa donata, non potendo avere l'ipoteca legale per difetto d'iscrizione, o per nullità della medesima.

I condividenti, che non hanno iscritto la ipoteca legale per i rifacimenti e conguagli prima della dichiarazione del fallimento sulla quota del condividente fallito non rappresentano nessun altro diritto che quello dei creditori chirografari.

E, se l'ipoteca legale del minore e dell'interdetto non è stata presa prima della dichiarazione del fallimento, non ha alcun effetto. Vero è che il tutore deve venir rimosso dalla tutela, ma finchè ciò non succeda e per l'amministrazione precedente alla rimozione, i minori e gl'interdetti sono senza alcuna garentia speciale.

L'ipoteca legale della moglie sui beni del marito per la dote e per lucri nuziali non può iscriversi dopo la dichiarazione di fallimento, costituita che fosse la dote o prima o poi.

E da ultimo lo Stato non potrebbe prendere iscrizione sopra i beni dello stesso fallito per la riscossione di spese di giustizia anche indipendenti dalla causa del fallimento.

Si è considerato che questi son casi difficili ad intervenire, che possono alimentare le disputazioni delle scuole, ma non avverarsi nella vita reale, e che ciascun interessato deve essere previdente per la tutela dei suoi diritti.

Digitized by Google

CAPO QUARTO

Delle rinnovazioni

SOMMARIO

1. Esposizione delle ragioni, che fanno generalmente ammettere la rinnovazione delle iscrizioni.
2. Il giorno, nel quale si prende l'iscrizione, non si computa nel termine di trent'anni, durata della medesima, ma si computano tutti i giorni, ancorchè fosse festivo l'ultimo giorno dei trent'anni. La rinnovazione deve aver luogo prima della scadenza del termine.
3. L'obbligo della rinnovazione è comune a tutte le iscrizioni, esclusa la sola iscrizione legale delle mogli contro i mariti, per la quale è protratto il termine. Per la rinnovazione dell'ipoteca a pro degl'interdetti son comminate le stesse pene a coloro, che vi sono soggetti se non curano di prendere la iscrizione e rinnovarla.
4. Quando cessa l'obbligo della rinnovazione.
5. Come si opera la rinnovazione.

1. L'iscrizione della ipoteca, secondo ragione, dovrebbe sussistere per tutta la vita del credito, estinto il quale ogni interessato avrebbe il diritto di farla cancellare.

Ciò non pertanto, ad eccezione del Codice di Olanda, tutti i Codici ne determinano la durata, variando solo in quanto alla misura del tempo; e ne vogliono la rinnovazione.

Il Codice italiano ha seguìto questo sistema, stabilendo nell'articolo 2001: « L'iscrizione conserva l'ipoteca per trent'anni dalla sua data. L'effetto della iscrizione cessa, se non è rinnovata prima della scadenza del detto termine ».

Se l'iscrizione non dovesse esser rinnovata dopo uno spazio di tempo più o meno lungo, chiunque volesse conoscere l'esistenza di una iscrizione efficace, dovrebbe consultare tutti i registri del Conservatore fin dalla istituzione, perchè tale potrebbe essere quella dei crediti, specialmente delle rendite perpetue, ed il Conservatore incontrerebbe gravi difficoltà nel riscontro di numerosi registri e facilmente potrebbe cadere in errore. Gli stati

Digitized by Google

delle iscrizioni conterrebbero iscrizioni per crediti estinti, non essendosi esse cancellate, e le spese occorrenti per la notificazione dei creditori inesistenti, nei casi di espropriazione o di purgazione d'ipoteche sarebbero enormi. Il territorio del regno sarebbe talmente vincolato da iscrizioni di ipoteche, forse estinte, da impedir quasi assolutamente il commercio degl' immobili. Imperocchè, sebbene delle iscrizioni delle ipoteche estinte se ne potesse domandar la cancellazione nel momento della estinzione e dopo, pure i debitori non curano o non possono usare di cotale diritto per la difficoltà di fare una scrittura pubblica o privata autenticata, che contenesse il consenso del creditore per la cancellazione, difficoltà, che non facilmente, si possono vincere e che crescono vie più che scorre il tempo dalla estinzione del credito. La diligenza che s'impone al creditore di rinnovare la iscrizione dopo che sia decorso un certo tempo qualora non sia stato soddisfatto, è lieve sagrificio rispetto al gran bene, che ne deriva, tanto più che il creditore ha diritto di farsi dal debitore rimborsare della spesa.

Il Belgio, nel dividersi dall'Olanda, volle seguirla, abolendo la necessità di rinnovar la iscrizione, ma dovè pentirsi di questa novità, perchè l'ingombro dei registri divenne enorme, il suolo belgico fu quasi sottratto al commercio, le cancellazioni essendo trascurate e difficili ad operarsi quando ne sorgeva il bisogno. Onde, oltre a disposizioni transitorie contenute nella legge del 12 agosto 1842 abolitiva della legge del 22 dicembre 1828, nell'articolo 90 della nuova legge ipotecaria del 16 dicembre 1851, si fissò a quindici anni la durata delle iscrizioni.

Il Codice italiano l'ha prolungata a trent'anni, avuto principalmente riguardo alla novità introdotta, che tutte le ipoteche, niuna eccettuata, dovendo essere pubblicate, ne avrebbero potuto ricevere grave danno le persone incapaci per la poca diligenza dei loro rappresentanti nel rinnovar le iscrizioni. Il termine di trent'anni è quello della più lunga prescrizione, e nella più parte dei casi il credito è estinto, e gl'incapaci son diventati capaci.

La sezione relativa alle *Rinnovazioni*, mentre i Codici preesistenti non la comprendevano che in un solo articolo, ne ha sei, nei quali alle quistioni già surte nelle scuole e nella giurispru-

Digitized by Google

denza si è posto fine con disposizioni espresse, da ridurre il nostro lavoro ad una semplice illustrazione.

2. E cominciando dall'articolo 2001 sopra trascritto, si stabilisce che la iscrizione debba rinnovarsi prima della scadenza del termine di trent'anni dalla sua data.

Nasce quistione intorno al modo di computare i trenta anni. Il primo giorno dell'anno, nel quale si è presa la iscrizione, deve o pur no computarsi nel termine? Vi si deve computare l'ultimo giorno del termine? Vi si deve computare se è festivo?

La iscrizione produce effetto dal momento che è stata presa secondo il suo numero d'ordine nel registro del Conservatore. iscritta l'ipoteca in un giorno determinato prende grado in quello stesso giorno secondo il numero della iscrizione. Da ciò potrebbe trarsi la conseguenza, che il giorno nel quale l'ipoteca s'iscrive, deve computarsi nel termine. Non pertanto questa opinione è erronea. L'iscrizione conserva l'ipoteca per trent'anni dalla sua data. Ogni anno si forma di giorni determinati, ed ogni giorno si compone di ore ventiquattro, le quali cominciano dalla mezzanotte del giorno precedente e terminano alla mezzanotte del giorno seguente. La iscrizione non può farsi in tutte le ore di un giorno, ma solo in quelle determinate dal regolamento. Se il termine si computasse ad ore, l'anno comincerebbe dall'ora, nella quale si è presa la iscrizione, e terminerebbe all'ora medesima, in cui l'anno si compie. Ma, dovendosi computare ad anno intero e non a giorni, il giorno, nel quale l'iscrizione si è presa non è intero, opponendosi la legge a che sia presa la iscrizione al cominciar della mezzanotte principio del giorno (articolo 2070).

I trent'anni, dice l'articolo 2001, incominciano dalla data della iscrizione.

L'articolo *dal*, corrispondente alle preposizioni latine *a ab*, porta alla separazione e disgiunzione del successivo termine del giorno indicato per punto di partenza (1).

---

(1) Graziani, *Discept. forens.* cap. 161. Non manca chi nega l'applicazione di questa regola quando tali articoli sono usati in una legge. Antonelli-Tempore legali lib. 4 *de diebus, bonis, etc.*

Digitized by Google

Non vi è poi ragione di non includere nel termine l'ultimo giorno dell'anno.

La massima *dies termini non computantur, in termino* ammesso dalla procedura francese per i termini a comparire, non è stata ripetuta dal Codice italiano di procedura, e tanto meno è ammessa per i termini stabiliti dal Codice civile.

Tre opinioni sonosi espresse intorno al modo di computare il termine di dieci anni (oggi trenta) fissato dal Codice francese. A renderle chiare, supponiamo che una iscrizione siasi presa il primo gennaio; essa può utilmente rinnovarsi sino al primo gennaio ultimo giorno del termine. Giusta Merlin (1) il termine dell'anno scade il 31 dicembre, perchè *dies termini computantur in termino*, cioè si computa tanto il primo giorno dell'anno che l'ultimo. Onde sarebbe nulla la rinnovazione fatta il primo gennaio, perchè succede, non precede la scadenza dell'anno. Giusta Delvincourt e Persil, *dies* termini *non computantur in termino*; il primo e l'ultimo giorno dell'anno non dovendo computarsi, la rinnovazione potrebbe utilmente farsi a' 2 gennaio.

La terza opinione che noi abbiamo accettata, è ammessa dalla quasi unanimità della scuola belgica e francese e da una costante giurisprudenza (2). Il solo *dies a quo* è escluso dal termine. Onde è inutile la iscrizione presa il due gennaio dell'anno seguente, perchè succede e non procede la scadenza dell'anno intero, che accade il primo gennaio.

Tutti i giorni festivi si computano nei trent'anni, compreso anche l'ultimo giorno se fosse festivo. La necessità di dare norme precise, che non diano luogo ad indagini minute e pericolose, ha fatto accettare il calendario gregoriano, così come è non ostante che la rinnovazione non possa essere domandata in un giorno festivo, e nelle sole ore determinate dal regolamento nelle quali l'uffizio è aperto. Se nell'ultimo giorno è chiuso l'uffizio perchè festivo, la parte, che deve averne cognizione, deve esser diligente a far la rinnovazione il giorno che lo procede.

---

(1) Repert. v. Iscrizione ipotecaria e Quest. v. Delai.

(2) Zachariae, § 280, nota 5. De Martou, vol. 3, n.° 1141.

Digitized by Google

È questa una regola da tutti ammessa e che ci è venuta dal diritto romano (1).

A tutelare maggiormente il diritto del creditore ipotecario, cui s'impone l'obbligo della rinnovazione, nelle province dell'ex regno di Napoli fu provveduto, che, se il termine dei dieci anni (oggi trenta) scadesse nel corso dell'anno, fosse protratto il diritto di rinnovazione sino all'ultimo giorno di detto anno. Nell'ultimo giorno dell'anno si suole fare il bilancio economico da ogni uomo diligente: sicchè è difficile che gli sfugga la necessità della rinnovazione dell'iscrizione dell'ipoteca di un credito non ancora in tutto o in parte soddisfatto. Tale provvedimento avremmo desiderato che fosse stato ammesso dal Codice italiano.

3. L'obbligo di rinnovazione della iscrizione è comune a tutte le ipotecche, giudiziali, convenzionali e legali. Se non che il termine dei trent'anni è protratto per le sole ipoteche legali delle donne maritate, per le quali l'iscrizione della ipoteca conserva il suo effetto senza la rinnovazione *durante* il matrimonio e per un anno successivo allo scioglimento del medesimo (art. 2004), sia per la morte del marito che della moglie.

La soggezione che durante il matrimonio ha la moglie verso il marito, la reverenza, il rispetto, che gli deve, e l'affetto, che gli porta, la pace domestica il cui disturbo è la ruina delle famiglie, sono le ragioni, le quali hanno indotto il legislatore italiano a fare cotale eccezione, la quale non reca alcun danno ai terzi. Costoro, allorchè trattasi di mariti, possono estendere le loro ispezioni oltre i trent'anni, ed il Conservatore ha il dovere di comprendere negli stati tali iscrizioni non rinnovate, avendo l'articolo 2072 imposto loro l'obbligo di tenere un registro speciale per le *iscrizioni non soggette* a rinnovazione, che si riducono ad una sola, cioè l'ipoteca legale delle donne maritate.

Nell'interesse degl'interdetti, il Codice si è limitato a ricordare l'obbligo di rinnovarne l'iscrizione legale al tutore, al protutore ed al cancelliere della pretura dove è in quel tempo il

---

(1) L. 3 Cod. de dilat. L. 2 infine Cod. de tempor. et reparat. dove la Glossa nota: *Alii dicunt quod praecedentibus diebus debeat expediri negotium cum superveniunt fatales.* Contra Grenier, Des hypot. tom. 1, n.° 107.

Digitized by Google

registro della tutela dello stesso interdetto, sotto le stesse pene comminate ai medesimi per la trasgressione dell'obbligo loro imposto di mandare l'iscrizione dell'ipoteca legale giusta l'articolo 1984: art. 2002.

4. Tutta la scuola francese e belga impiega molte pagine per determinare quando cessi nel creditore l'obbligo di rinnovare l'iscrizione. Si distinguono i casi diversi che possono occorrere e che richiedono diversa soluzione. Vi è non lieve discordia di opinioni, e l'uno scrittore è necessitato perciò ad esporre il parere dell'altro e confutarlo o accettarlo.

Il Codice italiano ha risoluto la quistione.

Il Codice di procedura non ammette l'aggiudicazione in natura dell'immobile ipotecato al creditore. La vendita segue a favore di chi abbia fatto l'offerta maggiore, e, se non vi sieno offerte, si rinnovano gl'incanti in altra udienza, ribassando il prezzo di un decimo almeno e così successivamente finchè non si abbiano offerenti (art. 674 e 675, Cod. di proc. civ.)

Seguìta la vendita all'incanto, il cancelliere del tribunale è tenuto entro dieci giorni a far iscrivere a spese del compratore l'ipoteca legale risultante dal detto atto sopra i beni venduti, a favore della massa dei creditori e del debitore, sotto pena di una multa estendibile a lire mille e del risarcimento di danni (art. 2089).

La iscrizione di questa ipoteca legale a favore della massa dei creditori fissa *inalterabilmente* i diritti dei creditori fra loro, quali sono nel giorno nel quale la medesima ha luogo (art. 2012.

Onde l'articolo 2003 dispone che l'obbligo della rinnovazione per conservare gli effetti delle precedenti iscrizioni cessa, nel caso di espropriazione forzata, coll'iscrizione dell'ipoteca legale nascente dalla vendita all'incanto contro il compratore, a norma dell'articolo 2089.

Nel rispetto dei creditori fra loro, la rinnovazione della iscrizione sarebbe inutile, perchè i diritti ipotecari dei medesimi son divenuti inalterabili nel giorno della iscrizione dell'ipoteca legale.

La rinnovazione sarebbe inutile anche rispetto al compratore, perchè ne fa le veci la iscrizione presa contro di lui dell'ipoteca legale a favore della massa dei creditori.

La rinnovazione potrebbe non pertanto essere utile per ragione di prudenza nel caso, che può avvenire, della nullità del-

Digitized by Google

l'ipoteca legale a favore della massa, derivante principalmente dalla nullità della vendita.

Onde la legge si limita a dichiarare la cessazione dell'obbligo della rinnovazione, ma non vieta al creditore di operarla, se lo crede conveniente al suo interesse.

La ipoteca legale s'iscrive a danno del compratore all'incanto, sia che l'espropriazione accade a danno del debitore, o del terzo possessore o di un amministratore, non facendo la legge alcuna distinzione, nè v'era ragione di farla.

Se avviene la rivendita in danno del compratore, l'ipoteca legale deve essere iscritta anche a danno del nuovo compratore, nel fine di garentire la massa dei creditori contro i creditori del medesimo, che potrebbero prendere iscrizione dopo la trascrizione della seconda vendita. Ma nel rapporto dei creditori ipotecari fra loro rimane tuttavia inalterabile il diritto già fissato colla iscrizione dell'ipoteca a danno del primo compratore. La seconda vendita è una vendita a danno del primo compratore al quale appartiene tutto il prezzo, che si trae dalla seconda vendita, e per esso vien distribuito ai creditori del primo venditore, e se vi sia sopravanzo, sarà attribuito al primo compratore (art. 693 Cod. di proc. civ).

Per evitare la spropriazione, ogni acquirente, che vuole liberare l'immobile dalle ipoteche, che la gravano, può promuovere il giudizio di purgazione. E non può essere ammesso ad istituirlo, se trascritto il suo titolo di acquisto, a titolo oneroso o gratuito, non abbia fatto iscrivere in favore della massa dei creditori del venditore o del donante l'ipoteca legale per garantia del pagamento del prezzo della vendita, o del valore dichiarato se si tratta di fondi avuti a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu determinato (art. 2042).

Cotale iscrizione produce gli stessi effetti dell'ipoteca legale, presa nei giudizii di espropriazione a danno del compratore ed a favore della massa dei creditori; cioè inalterabilità dal giorno di detta iscrizione dei diritti ipotecari dei creditori degli alienanti fra loro, e l'azione ipotecaria contro l'acquirente. Onde cessa l'obbligo della rinnovazione colla iscrizione dell'ipoteca legale giusta l'articolo 2042 (art. 2003, 2012).

Può avvenire che nel giudizio di purgazione, in seguito de-

Digitized by Google

gl'incanti, che ciascuno creditore ipotecario può domandare, diventi compratore altri, che non sia l'acquirente. La iscrizione dell'ipoteca legale, che il cancelliere ha dovuto domandare in danno di costui nel favore della massa dei creditori, non modifica gli effetti già prodotti dalla precedente iscrizione legale a danno dell'acquirente, quelli cioè dell'inalterabilità dei diritti ipotecari fra loro e dell'azione ipotecaria contro il possessore, potendo giovare ai creditori propri dell'acquirente che figura da alienante al nuovo compratore.

È sempre necessaria la rinnovazione della iscrizione della ipoteca perchè questa produca il suo effetto, nè cessi l'obbligo, qualunque cangiamento avvenga nelle condizioni del creditore o del debitore, come se il debitore sia divenuto non solvente o fallito, e l'eredità sia accettata col beneficio d'inventario o sia giacente, o che l'immobile sia stato pignorato o alienato, o sia il creditore soddisfatto dallo stesso terzo possessore, se questi voglia e possa aver subingresso nelle ragioni.

Chi volesse maggiori chiarimenti sul proposito può consul tare il secondo volume *Del Diritto dei terzi*.

5. Come si opera la rinnovazione?

Il Codice francese non contiene sull'oggetto alcuna disposizione. Onde gli scrittori francesi discutono quale debba essere la forma della rinnovazione, se sia sostanziale l'enunciazione di rinnovarsi la precedente iscrizione, se debba esibirsi alcun titolo per eseguirla.

L'articolo 90 della legge belgica dei 16 decembre 1851 decide la principale controversia, che divide la scuola francese, disponendo che la iscrizione per rinnovazione non varrà che come prima iscrizione, se non contiene la indicazione precisa della iscrizione rinnovata, ma non sarà necessario di richiamarvi le precedenti iscrizioni.

Il Troplong aveva osservato non esser necessaria la indicazione di rinnovarsi la precedente iscrizione, non producendo la omissione della medesima alcun danno ai terzi. Per esempio, egli dice, io prendo iscrizione il 3 maggio 1807, e rinnovo il 4 maggio 1817 senza dire che è per rinnovare l'antica iscrizione.

Ma tutti coloro che hanno presa iscrizione nel 1807 e prima dei dieci anni sapevano che io aveva la preferenza a coloro, che

Digitized by Google

han preso la iscrizione dopo il 1817: che importa che io li vinca con la mia iscrizione del 1817 o con quella del 1807? (1)

Lo stesso dovrebbe conchiudersi se egli trovasi a fronte di un terzo possessore.

Fa per contrario osservare il De Martou (2):

« L'indicazione della prima iscrizione è indispensabile per togliere ogni incertezza sulla vera condizione ipotecaria dell'immobile. Senza la medesima, il cessionario di un creditore iscritto prima della rinnovazione crederebbe, che il credito cedutogli fosse anteriore nel grado d'ipoteca a quella, che è garantita da questa rinnovazione, e non avrebbe alcun mezzo per verificare l'esistenza della iscrizione rinnovata. Senza la medesima, il debitore del prezzo di vendita, che pagasse i creditori sulla fede e secondo l'ordine del certificato del conservatore, si vedrebbe più tardi sconvolto dai titolari delle antiche iscrizioni rinnovate senza che le iscrizioni novelle facessero menzione della circostanza della rinnovazione ».

Onde il relatore della legge belgica, Lelièvre, diceva: « L'interesse dei terzi reclama questa precauzione, che ha per oggetto d'informare gl' interessati del grado dell' ipoteca iscritta e così prevenire ogni errore ».

Il che è evidente, se si tien ragione che il Conservatore, rilasciando lo stato delle iscrizioni, secondo i regolamenti, non oltre il decennio (trentennio oggi) non vi comprende le precedenti; per cui dal medesimo, se la rinnovazione non facesse menzione dell'antica, la iscrizione apparirebbe come prima e non come rinnovazione di altra precedente.

Il Codice italiano non solo accetta la disposizione della legge belgica, ma la compie, rimovendo le due difficoltà già surte. Esso dispone nello articolo 5005:

« Per ottenere la rinnovazione si presentano al Conservatore due note conformi a quelle della precedente iscrizione, contenenti la dichiarazione che s'intende rinnovare la originaria iscrizione. Tiene luogo di titolo la nota dell'iscrizione da rinnovarsi. Saranno osservate dal Conservatore le disposizioni contenute nell'articolo 1988 ».

(1) Num. 714.

(2) Vol. 3 n.° 1144.

Digitized by Google

Un altro miglioramento è stato fatto nel Codice italiano nell'articolo 2006: « Se al tempo della rinnovazione gl'immobili ipotecati appariscono da tre mesi nei registri censuari passati agli eredi, o ad altri aventi causa dal debitore, la rinnovazione deve anche esser diretta contro questi ultimi colle indicazioni stabilite nel numero primo dell'articolo 1987 in quanto risultano dagli stessi libri censuari », cioè nome cognome domicilio o residenza e professione.

Dopo trent'anni il debitore può essere defunto, e l'immobile ipotecato esser passato nel dominio degli eredi, o del legatario; e può essere stato alienato o dal defunto o dai suoi eredi, o dal legatario.

A corroborare ancora più la pubblicità dell'ipoteca, si dispone che la rinnovazione debba estendersi anche agli eredi ed agli aventi causa del debitore, purchè però essi appariscano almeno da tre mesi nel catasto fondiario.

È un lieve sagrifizio imposto ai creditori, che consiste, prima di operar la iscrizione, nel consultare il catasto per conoscere se la intestazione sia stata mutata, per estendere la rinnovazione anche contro il nuovo iscritto colle indicazioni risultanti dal catasto, senza che fosse obbligato a fare indagini sulla condizione e sul domicilio, residenza e professione che, non risultassero dal catasto (1).

Una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli del 23 dicembre 1880 dichiarò che per registri censuari non possono intendersi anche quelli d'iscrizione e di trascrizione. Il divario che corre fra gli uni e gli altri, ben può riscontrarsi negli articoli 1939 e 2006.

La parola *censo*, secondo l'origine etimologica, dinota la *aestimatio bonorum secundum quam tributa penduntur*. Però il creditore, che voglia rinnovare la sua ipoteca deve farla anche contro il terzo possessore sol quando il nome di costui risulti dai registri censuari (catasto) e non già da quelli d'iscrizione e trascrizione ai sensi del citato articolo 2006 Cod. civ.

---

(1) Consulta il Capo secondo, n.° 13 e Capo terzo *Della iscrizione* n. 12 e 13.

Digitized by Google

CAPO QUINTO

Dell'ordine fra le ipoteche

SOMMARIO

1. Ampio commento dell'articolo 2007; grado delle ipoteche iscritte per crediti futuri.
2. L'ipoteca prende grado dal momento dell'iscriziene secondo il suo numero progressivo.
3. Eccezioni e modificazioni del principio.
4. Col grado del capitale son dovute talune spese, due annate d'interessi oltre la corrente alla trascrizione del precetto ed i successivi.
5. Della surroga ipotecaria per evizione.
6. Quanto diventa diffinitivamente fissato il grado fra i creditori e rispetto ai terzi possessori.
7. Del privilegio delle spese di spropriazione.
8. Se sia dovuto il privilegio *super re defensa* consistente in immobili agli avvocati ed ai procuratori.
9. Privilegio dovuto allo Stato, ai Comuni ed alle province pel tributo fondiario.
10. Se competa anche contro i terzi possessori.
11. Del privilegio per i tributi indiretti.
12. Se il domino diretto abbia diritto a prelevare i canoni a qualunque somma ammontassero, purchè non fossero prescritti.
13. Della preferenza dei crediti privilegiati sulla generalità dei mobili ai creditori chirografari sugl'immobili.
14. Del diritto di separazione e degli effetti che produce.

1. L'articolo 2007 è scritto così:

« L'ipoteca produce effetto e prende grado dal momento della sua iscrizione ancorchè si tratti di prestito in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente ».

La compilazione di questo articolo, diverso dall'articolo 2134 del Codice francese, e dall'articolo 81 della legge belgica del 16 dicembre 1851, decide tutte le quistioni, che la compilazione di questi due articoli ha fatto nascere nei paesi rispettivi.

Già l'articolo 1965 aveva stabilito che l'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica, e l'articolo 1981, che l'ipoteca si

Digitized by Google

rende pubblica mediante la iscrizione. L'articolo 2007 ne compie il concetto, ripetendo e disponendo che l'ipoteca *produce effetto* e *prende* grado dal momento della sua iscrizione.

Cadono per conseguenza tutti i dubbi intorno a coloro, che avessero diritto ad impugnare la inefficacia dell'ipoteca non iscritta, ancorchè si avesse avuto altrimenti scienza della medesima, o si fosse concorso a crearla. La iscrizione è forma essenziale dell'ipoteca; questa senza l'iscrizione è tuttavia incompleta e non produce niun effetto: onde chi ha scienza di una ipoteca costituita chi anche è concorso a costituirla, ha pure scienza che il creditore l'ha rimasta incompleta, quali che sieno le ragioni, che abbiano potuto a ciò determinarlo, la fiducia nel debitore, la poca diligenza, la soddisfazione del credito. Chiunque è interessato a che il creditore non prenda grado nella distribuzione del prezzo dell'immobile ipotecato ha diritto di proporre il difetto della iscrizione, ancorchè avesse avuto cognizione dell'esistenza dell'ipoteca o avesse consentito alla sua costituzione. Nè può parlarsi di frode. Chi usa di un proprio diritto non può commettere frode in danno di colui, che non ha nessun diritto. Ed il creditore, che non iscrive la sua ipoteca non acquista il diritto ad alcun grado, l'ipoteca non avendo alcun effetto.

Più importante è la seconda parte dell'articolo, nella quale si stabilisce che l'ipoteca prende grado dalla sua iscrizione anche nel caso, che si tratti di un contratto di prestito, in cui lo sborso del danaro si effettui posteriormente; e ciò in conformità dello stesso principio contenuto nel numero quarto dell'articolo 1969, secondo il quale l'ipoteca legale è concessa alla moglie sopra i beni, che il marito possiede nel momento che *la dote* è *costituita*, ancorchè il pagamento di essa non avesse luogo che posteriormente.

Il prestito, essendo un contratto reale, non diviene perfetto che colla consegna del denaro (art. 1819); dalla consegna in poi il mutuatario diventa padrone della cosa mutuata, la quale venendo in qualunque modo a perire, perisce per conto del medesimo (articolo 1820).

Se alcuno si obbliga a pagare una somma di danaro ad ogni richiesta altrui, nè s'intende fare un prestito, la convenzione, sebbene non sia un contratto perfetto di prestito, è una conven-

Digitized by Google

zione valida che obbliga colui, che ha fatta la promessa di adempirla; sicchè quegli, verso il quale si è obbligato, acquista il diritto di costringerlo al pagamento nel tempo determinato: e se non v'è termine, sempre che gli piacerà di esercitare il diritto finchè non incorra la prescrizione.

Il promittente suole farsi accompagnare la promessa colla costituzione di un'ipoteca sopra i beni di colui, cui promette, per assicurare la restituzione della somma, che la verserà ad ogni richiesta di lui. Può avvenire, che nell'intervallo tra la promessa obbligatoria e la cosegna del danaro, il creditore, divenuto debitore del promittente, ha ipotecato ad altri gli stessi beni. Nasce quistione di preferenza tra il promittente la somma di danaro, che ha già consegnata a colui, cui l'aveva promessa, e colui al quale nell'intervallo il debitore ha ipotecato gli stessi beni. E la decisione dipende dal determinare, se l'ipoteca stipulata a favore del promittente debba cominciare ad avere la sua efficacia dal momento, in cui è nata la promessa, o nell'altro nel quale è stata consegnata la somma promessa, cioè se l'ipoteca si retrotrae al tempo della promessa.

Questo quesito fu posto dai giureconsulti romani e precisamente da Papiniano e da Paolo, ma le loro opinioni, espresse nelle due leggi, la prima, e l'undecima *D. qui potiores*, e nelle altre affini, non sono sembrate così chiare da non dare luogo a dubbii.

Le diverse scuole degli antichi interpetri convengono in questo, che la ipoteca concessa all'obbligato a consegnare la somma di danaro sia valida, ma discordano e intorno al momento, nel quale cominci ad avere la sua efficacia, ed alle ragioni che debbono determinarlo. Ed i romanisti moderni, specialmente tedeschi, continuano ad esser discordi fra loro.

Chi volesse avere una cognizione completa della storia di questa interpetrazione può leggere la monografia del Bonelli intorno all'*Ipoteca per debiti futuri in diritto romano* inserita nell'archivio giuridico (1).

La scuola francese che esamina la quistione secondo il Codice Napoleone è ancor essa divisa.

---

(1) Vol. 41, 37-67-199-214-521.

Digitized by Google

Il Troplong (1) pone il seguente caso:

Pietro, banchiere a Parigi, promette a Giacomo di aprirgli un credito di 100mila franchi, e Giacomo si obbliga con atto autentico di dargli un'ipoteca speciale sino alla concorrenza dei valori somministrati. Da qual giorno deve contare la ipoteca, dal giorno del contratto, o solamente dai giorni successivi, nei quali si sono eseguite le somministrazioni promesse?

Questa stipulazione d'ipoteca è manifestamente sottomessa alla condizione, se Giacomo, che ne è debitore, faccia uso del credito.

Or questa è una condizione potestativa da canto del debitore: dunque l'adempimento della condizione non potrà produrre effetto retroattivo; dunque l'ipoteca non avrà un principio che a seconda dei pagamenti eseguiti, o pure se colui, che abbia aperto il credito, traendo lettere di cambio, la ipoteca non si effettuirà che a secondo delle presentazioni all'accettazione, che fanno cessare la condizione potestativa e producono un vincolo di diritto definitivo.

E dopo aver confortato questa sua opinione colla legge 11 del D. *qui pot.* e dell'autorità di Voet, aggiunge: « Quindi segue che se il debitore dell'ipoteca, prima di far uso del credito offertogli, ipotecasse il suo fondo ad altri creditori, i quali prendessero incontanente iscrizioni, queste novelle ipoteche sarebbero da preferirsi, ed il debitore non potrebbe renderle senza effetto usando in appresso del suo credito ».

Questa opinione del Troplong, che segue il Merlin, il Dalloz ed il Toullier, è combattuta dalla maggioranza della scuola francese, per aver data una falsa interpetrazione all'articolo relativo alla condizione potestativa.

Colui, a cui favore taluno si obbliga di aprire un credito con ipoteca sopra i suoi beni per sicurezza della restituzione, acquista un diritto contro il promissore, che l'esercita, se gli piace e quando gli piace. Il suo diritto è efficacissimo, perchè l'articolo 1162 dichiara nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione, che lo fa dipendere dalla mera volontà di colui, che si

---

(1) N. 478.

Digitized by Google

è obbligato. Ma qui l'obbligato è chi apre il credito, non colui, a cui favore si è aperto. Se non che, chi apre il credito si obbliga ad aprirlo non puramente e semplicemente, ma sotto condizione che la esecuzione della sua obbligazione sia garantita con ipoteca sopra i beni di colui, a cui favore ha aperto il credito, per sicurezza della restituzione delle somme, che a sua richiesta gli sono successivamente somministrate.

L'ipoteca è un effetto necessario della facoltà concessa dal promissore dell'apertura del credito a chi ne fa uso. E siccome il suo diritto a farne uso nasce nel momento dell'apertura del credito, così nel momento medesimo prende vigore l'ipoteca, che n'è l'effetto necessario. Questa è stata l'intenzione delle parti, la quale deve essere eseguita, quando non offende nè la legge, nè il diritto dei terzi, i quali sono avvertiti dell'esistenza della ipoteca dalla sua iscrizione nei pubblici registri.

Osservava la facoltà di dritto di Strasburgo nell'inchiesta aperta in Francia nel 1841, che il sistema contrario rendeva quasi impossibile la garentia ipotecaria per le aperture di credito, divenute frequenti negli usi commerciali. Imperocchè il promittente il credito dovrebbe, ad ogni consegna di somma, farsi esibire l'estratto delle ipoteche iscritte nell'intervallo tra la promessa ed il pagamento; il che è incompatibile coll'apertura di un credito a favor di taluno, il cui effetto è di attingere quando gli piace alla cassa dell'altro le somme, di cui ha bisogno. Come d'altronde si farebbe, se invece di presentarsi alla cassa del banchiere la persona, cui si è aperto il credito, avesse tratto una cambiale sopra di lui? I possessori di queste tratte sarebbero anche essi tenuti a giustificare che il traente non abbia consentito ipoteche a favore di un terzo?

La Corte di cassazione del Belgio con arresto del 28 decembre 1849 (1) accettava questa opinione, la quale fu consacrata nella legge del 16 dicembre 1851.

L'articolo 80 stabilisce che l'ipoteca, consentita per sicurezza di un credito aperto sino alla concorrenza di una somma determinata, che taluno si è obbligato a fornire, è valida; e prende

---

(1) Paisecrie belge, 1850, 1, 58.

Digitized by Google

grado secondo la data della sua iscrizione senza riguardo allo sborso dei fondi fatti successivamente, che potrà essere accertato con tutt'i mezzi legali.

La scuola belgica, commentando questo articolo, v'include l'apertura di credito anche a conto corrente, e si spazia a dimostrare la necessità di determinare la somma, per la quale si costituisce l'ipoteca, i modi come debbono provarsi i successivi sborsi, se sia valida l'ipoteca dei crediti meramente futuri e quale sia il grado che possa attribuirsele.

Il nostro articolo usa la espressione di *contratto di prestito, in cui lo sborso di danaro segua posteriormente*, la quale espressione comprende e l'apertura di credito anche con conto corrente, il quale, giusta il Vidari (1) è quel contratto, secondo il quale due persone si rimettono dei valori, allo scopo di trasmettersene la propria e libera disponibilità, di accreditarsene, ed addebitarsene l'importo, ed estinguere le relative operazioni, sino a concorrenza, per via di compensazione alla chiusura del conto. E la chiusura del conto accade secondo che dispongono gli articoli 345 a 348 del Codice di commercio, il solo fra i Codici moderni che ha disciplinato il contratto di conto corrente.

Nè è necessario, a differenza dell'articolo 80 della legge belgica, che la costituzione dell'ipoteca assicuratrice del credito aperto o delle differenze liquidate nella chiusura del conto contenga la determinazione di una somma certa, poichè il nostro Codice per la validità delle ipoteche convenzionali non la richiede, limitandosi a disporre che la ipoteca non possa sussistere, se non sia resa pubblica mediante la iscrizione colla specificazione di una somma determinata in danaro (art. 1965), la quale, se non è fatta nel titolo costitutivo dell'ipoteca nè con atto posteriore, può farsi dal creditore medesimo nella nota per l'iscrizione (articoli 1987, 1992), salvo agl'interessati il diritto alla riduzione, se è eccessiva (art. 2026).

Ed in quanto al modo di provare gli sborsi successivi, tace il nostro articolo; onde deve ricorrersi alle regole ordinarie, che

---

(1) Il *nuovo Codice di Commercio compendiosamente illustrato* parte 1, 1883, p. 288, 289.

Digitized by Google

governano il sistema delle prove, secondo che la materia sia civile o commerciale.

Solo vogliamo avvertire, che il nostro articolo stabilisce il grado dell'ipoteca per ogni prestito, il cui sborso avvenga posteriormente; il che suppone che vi sia una promessa, che obblighi taluno a sborsare una somma per compiersi il prestito. Onde non s' include l'ipoteca concessa per ogni prestito futuro, che non si riferisca ad un vincolo obbligatorio già esistente, del quale si possa richiedere l'adempimento. Se ciò non è, sorge la quistione, se sia valida la concessione di un'ipoteca per un credito, che non è ancora nato, e il cui nascimento può avverarsi, se vogliono e quando vogliono chi dà e chi riceve, dipendendo il reciproco obbligo e diritto dalla mera volontà di entrambi. E, se essendo valida, essa abbia effetto dal dì della sua costituzione, o pure dal dì, in cui le due volontà si determinano a stipulare il prestito o la promessa obbligatoria del prestito. Sulla quale quistione vogliamo solamente far notare che essendo l' ipoteca un'istituzione di diritto positivo, la sua natura si modifica successivamente secondo i bisogni sociali, e che oggi si tende generalmente ad estenderla all' assicurazione di convenzioni, che nascono dagli usi commerciali, nel fine di rendere più frequenti le transazioni commerciali perchè più sicure nella loro esecuzione. La quale tendenza, se ha fatto sancire il principio contenuto nel nostro articolo relativo al grado dell'ipoteca iscritta al momento della sua iscrizione, assicurativa di un prestito futuro compiuto dopo una promessa obbligatoria, non si è esteso a quella di un prestito futuro, che non ha radice in una precedente promessa obbligatoria.

Si potrebbe osservare che ciò importi una contraddizione di principii tra quelli, che informano la fidejussione con quelli dell' ipoteca data per garantire il debito altrui. La fidejussione può costituirsi per un' obbligazione meramente futura anche quando questa non abbia radice in un precedente vincolo obbligatorio (1). E l'ipoteca data per un terzo non è in sostanza che una fidejussione. Ma non si avverte che con ciò si viene a confondere l'una specie di garantia con l'altra.

---

(1) Mirabelli, *Contratti speciali,* pag. 396, n. 6.

Digitized by Google

La fidejussione non produce che una garantia *personale*, mentre l'ipoteca data pel terzo è una mera *garantia reale*, che vincola solamente la cosa, non la persona. La fidejussione, sebbene costituita precedentemente alla obbligazione non sussiste che quando questa nasca validamente. La garantia dell'ipoteca è dichiarata efficace dal di dell'iscrizione anche quando l'obbligazione garantita sia tuttavia futura e in qualunque tempo nasca, si retrotrae al tempo dell'iscrizione dell'ipoteca. Onde non è parso economicamente conveniente di permettere il vincolo della proprietà d'immobili, se non quando l'obbligazione, cui deve accedere, sia almeno condizionale, abbia cioè una base certa in una precedente promessa obbligatoria.

2. Secondo l'articolo 2008 il numero d'ordine delle iscrizioni ne determina il grado. La quale disposizione deve riferirsi all'altra contenuta nell'articolo 2071, in forza del quale i Conservatori sono obbligati a tenere un registro generale, ossia d'ordine, in cui giornalmente debbono annotare al momento della consegna ogni titolo, che viene loro rimesso per la trascrizione, iscrizione od annotazione. Appena seguìta la consegna di un titolo, di un atto, o di una nota, il conservatore deve darne ricevuta in carta libera all'esibitore senza spesa: la ricevuta conterrà l'indicazione del numero d'ordine.

E, se più persone presentano contemporaneamente la nota per ottenere l'iscrizione contro la stessa persona o sopra gli stessi immobili, le medesime sono iscritte sotto lo stesso numero facendone menzione nella ricevuta spedita dal conservatore a ciascuno dei richiedenti.

Il che accadendo, è chiaro che le iscrizioni segnate sotto lo stesso numero d'ordine prenderanno lo stesso grado.

L'articolo 2147 del Codice francese e tutti gli altri modellati sul medesimo, non escluse le leggi ipotecarie toscana e pontificia, stabiliscono che tutti i creditori iscritti nello stesso giorno hanno fra di essi un'ipoteca della stessa data senza distinzione fra l'iscrizione fatta nel mattino e quella fatta nella sera, quantunque queste differenze fossero state indicate dal conservatore.

La legge ipotecaria belgica segue la disposizione francese. E il Martou ne adduce la seguente ragione: « Sarebbero stati gravi

Digitized by Google

gl'inconvenienti derivanti dal dare la preferenza secondo la priorità dell'ora. Se si fosse regolata secondo la priorità della scrittura o dell'istante matematico della presentazione dell'atto, sarebbero stati da temersi frodi, errori e deplorabili contestazioni. Sarebbe dipeso dal Conservatore e dai commessi del suo uffizio di favorire un creditore a danno dell'altro (1) ».

Il nostro articolo non ha temuto questo inconveniente, che per altro non si è verificato, essendo difficile che due persone s' incontrino nello stesso momento a chiedere l' iscrizione contro la stessa persona o sugli stessi immobili o la trascrizione dell'acquisto dello stesso immobile.

Ed ho così risoluto la grave quistione, che fa nascere il sistema francese della richiesta contemporanea della trascrizione dell'alienazione di un immobile o di diritti sul medesimo e della iscrizione di un credito sopra lo stesso immobile e la stessa persona.

Come sarà regolata la preferenza della trascrizione e della iscrizione avvenute lo stesso giorno? in altri termini l'immobile sarà gravato dal vincolo dell'ipoteca o ne sarà esente? (2).

La risoluzione è virtualmente contenuta nel Codice italiano. Imperocchè uno è il registro d'ordine delle trascrizioni e delle iscrizioni, assegnandosi a ciascuna presentazione di titolo, atto, o nota per la iscrizione o trascrizione un numero d'ordine progressivo; e se accade la presentazione nello stesso momento, lo stesso numero d'ordine.

3. Conviene qui notare tre disposizioni, le quali o sono una eccezione al principio, che l' ipoteca prende grado dal numero d'ordine della sua iscrizione, o pure lo modificano, o non sono da riguardarsi nè eccezioni, nè modificazioni.

La prima disposizione riguarda il vincolo provegnente dalla separazione dei patrimoni, che equivale ad ipoteca (art. 2065).

Questo vincolo ipotecario si deve iscrivere nel termine perentorio di tre mesi dall' apertura della successione dai credi-

---

(1) Vol. 3, n. 1032.

(2) La legge belgica risolve la quistione, determinando la preferenza secondo il numero d'ordine.

Digitized by Google

tori del defunto e suoi legatarii, cui è attribuito il diritto di domandar la separazione (art. 2054, 2057). Tale iscrizione vince tutte le iscrizioni prese nel detto termine dai creditori dell'erede (art. 2072), nè altera il diritto rispettivo dei creditori del defunto e dei legatari in qualunqne momento dei tre mesi avessero operata la iscrizione. Ciascuno dei creditori e dei legatari conserva la sua condizione giuridica secondo i titoli rispettivi e i loro diritti di priorità (art. 2063).

La seconda disposizione riguarda l'ipoteca legale dell'alienante. Questa prende grado dal momento della sua iscrizione rispetto ai creditori dell'acquirente nel solo caso, che costoro avessero iscritto le loro ipoteche dopo la trascrizione del titolo di acquisto: ma, se le loro iscrizioni precedono la trascrizione del titolo d'acquisto, non hanno effetto a pregiudizio della iscrizione dell'ipoteca dell'alienante ancorchè fosse posteriore.

Questa disposizione non si applica all'ipoteca legale dei condividenti per i rifacimenti e conguagli. Essi non possono goderne essendo data alla sola ipoteca degli alienanti (1).

La terza disposizione riguarda l'iscrizione dell'ipoteca legale della moglie contro il marito, la quale deve essere iscritta fra venti giorni dalla data dell'atto per cura del marito o del notaio che ha stipulato l'atto (art. 1982), e quella spettante ai minori ed agl'interdetti sopra i beni dei loro tutori, che deve essere iscritta fra venti giorni dalla data della deliberazione del consiglio di famiglia, per cura del tutore, del protutore o del cancelliere (art. 1893).

Questi termini sono stati stabiliti *unicamente* per determinare la responsabilità di coloro, che sono obbligati a domandar l'iscrizione (art. 1984), e non modificano punto la disposizione dell'articolo 2007. Onde queste due ipoteche legali non producono effetto nè prendono grado che dal momento della loro iscrizione secondo il numero d'ordine progressivo. Se di maggiore chiarezza vi fosse bisogno, s'incontra nella relazione al Re del Ministro Guardasigilli per la pubblicazione del Codice civile, nella quale leggesi: « da ultimo nello scopo di serbare inviolato

---

(1) Corte di Cassaz. di Napoli 10 marzo 1888.

Digitized by Google

il principio della pubblicità, si è opportunamente modificato il tenore dell'articolo 2032 in quanto statuiva che l'ipoteca legale della moglie avesse a prender grado dal giorno della sua origine, ove fosse stata iscritta entro il termine di venti giorni. » Se prese nel termine di venti giorni, dato come termine di rigore agli obbligati per esimersi da ogni responsabilità, dovessero avere effetto e grado dal dì della nascita della rispettive ipoteche, degenerebbero in meri privilegi in danno dei terzi. Il che sarebbe contrario a tutto il sistema del Codice italiano, il quale ha ridotto a due soli i privilegi sugl' immobili (art. 1961). Ed i compilatori di esso furono così teneri di questo principio, che modificarono la disposizione relativa alla prelazione dell'ipoteca dell'alienante e del condividente, se presa fosse la iscrizione fra venti giorni dal loro nascimento, scorgendo in ciò un vero privilegio. E per tutelare la loro ipoteca, che giudicarono meritevole di favore, accolsero il sistema pontificio stabilito nell'art. 1942 relativo all'ipoteca legale dell'alienante, e lasciarono sotto l'impero della disposizione comune l'ipoteca legale del condividente.

Possiamo dunque salutare come un gran progresso fatto a tutela dei terzi il sistema del Codice italiano, nel quale se si vuole trovare un neo, esso è appunto nell'articolo 1942, secondo il quale l' ipoteca legale dell' alienante vince tutte le altre precedentemente iscritte anteriormente alla trascrizione del titolo di acquisto. Non essendosi stabilito termine per questa trascrizione ed essendosi imposto al conservatore l'obbligo di prendere l' iscrizione nell'atto della trascrizione del titolo, manca ogni interesse all' alienante di curare la trascrizione del titolo, e può forse anche cessare nell' acquirente l'interesse di curar la trascrizione per evitare la iscrizione dell'ipoteca legale, che dovrebbe essere contemporanea.

Sicchè l' ipoteca dell' alienante potrebbe essere occulta fino al dì della trascrizione, come sarebbe pure occulta l' alienazione (1).

4. L'iscrizione del credito serve per far collocare allo stesso grado:

le spese dell'atto;

---

(1) Consulta numero 1° Lettera *A*, del capo secondo.

Digitized by Google

quelle della iscrizione e rinnovazione;

quelle ordinarie, che possono occorrere per la collocazione nel giudizio di graduazione.

L'iscrizione di un capitale, che produce interessi, se la misura di questi vi è *enunciata*, serve per far collocare allo stesso grado anche gl'interessi dovuti per le due annate e la corrente in corso al giorno della trascrizione del precetto fatto a norma dell'articolo 2085, oltre agl'interessi successivi, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari prese per maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal giorno della loro data.

Le parti possono estendere l'ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese maggiori delle sopra accennate, purchè ne sia presa la corrispondente iscrizione (art. 2010).

Non è necessario indicare la somma delle spese, per le quali si ha lo stesso grado del capitale, perchè nel momento della iscrizione può essere ignoto e perchè i terzi possono farne computo approssimativo; essendo di lieve entità lo errore di calcolo, che non può essere così notevole da arrecare danno ai terzi. Ma se le parti vogliono estendere la ipoteca ad altre spese giudiziali oltre quelle designate dalla legge, possono farne patto espresso, prendendone la corrispondente iscrizione.

Scrivendo gli effetti del precetto trascritto (1) abbiamo fatto ampio commento di questo articolo 2010 relativamente agli interessi, cui è attribuito lo stesso grado del capitale, narrandone l'origine e lo scopo, e ritenendo che gl'interessi successivi alla trascrizione del precetto son dovuti nella stessa misura, che è indicata nella iscrizione fino all'assegno definitivo in pagamento del credito; nè ci ripeteremo.

Qui aggiungeremo solamente il discorso di una quistione, la quale il Troplong fu richiesto di trattare nella sua opera. Un tale prende a prestito una somma di danaro, scrivendosi il patto, che gl'interessi del capitale nella misura del cinque per cento non dovessero essere pagati che unitamente al medesimo, convenuto pagarli dopo la morte della madre del mutuatario. La iscrizione fu presa pel capitale e per dieci annate d'interessi da scadere.

---

(1) Dritto dei terzi, n. 24, pag. 48.

Digitized by Google

Sostenevasi la validità del patto e della iscrizione sul fondamento della libertà delle convenzioni, della certezza della quantità degl'interessi da scadere, sulla quale potevano e dovevano i creditori posteriori far calcolo. Troplong è d'avviso contrario. Lo scopo della limitazione del collocamento degl' interessi da scadere non è solo quello di mirare alla loro pubblicità ed alla sincerità delle convenzioni, ma anche quello, che il loro cumulo non privasse i creditori posteriori della circolazione dei loro capitali (1).

Ed il Martou (2) approva questa risoluzione.

Le iscrizioni, egli dice, non possono essere prese che a misura della scadenza, perchè non può esistere la garentia prima dell'esistenza del credito da garantire. L'articolo deroga a questo principio, concedendo solo tre annate d'interessi da scadere, la quale disposizione non deve essere estesa; altrimenti diventerebbe una lettera morta, diventano di stile d' iscrivere tutti gl' interessi dovuti sino al rimborso del capitale. E ciò anche nel caso che il creditore, giusta il contratto, non potesse farsi pagare gl'interessi in tempo più o meno lontano: anche il loro cumulo forzato non l'autorizzerebbe a prendere anticipatamente un'iscrizione collettiva.

La legge ipotecaria toscana del 2 maggio 1836 contiene il seguente articolo, 110: « Non è impedito però alle parti contraenti di estendere la ipoteca del capitale e tutti gli effetti della medesima anche ad un cumulo di annate di frutti maggiore del triennio, quando ne formino un patto speciale e ne prendono la correlativa iscrizione ».

Cotale principio fu ammesso nell'articolo 1974 del progetto del Codice italiano scrivendosi: « Le parti possono anche con patto espresso estendere l' ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali maggiore delle sopre accennate, *e ad un cumulo d'interessi maggiore del triennio, purchè sia presa la corrispondente iscrizione* ». Ma questa clausola relativa al cumulo d' interessi fu cancellala dalla Commissione del Senato, senza indicarsene la ragione.

---

(1) Troplong sull'articolo 2151 n. 700, n. 2.

(2) Martou, Vol. 3, n. 1123.

Digitized by Google

Se non che il Relatore della Commissione, rendendo ragione dell'articolo, ne discorre come se l'inciso cancellato fosse tuttavia esistente.

Il relatore della Commissione della Camera dei deputati, cui fu presentato il progetto, come era stato modificato dalla commissione del Senato, scrisse solamente che l'iscrizione dà lo stesso grado al capitale ed a tre annate d'interessi, ove questi siano enunciati; *salvo alle parti di estenderne l'efficacia oltre le tre annate purchè iscritte.*

La Corte di Cassazione di Firenze con sentenza dei 17 luglio 1893 ha ritenuto la validità del patto.

Incliniamo a ritenere l'invalidità del patto estensivo della ipoteca degl'interessi oltre le tre annate.

Il grado della ipoteca dal momento della sua iscrizione è stato del Codice italiano esteso anche a quella, che garentisce un credito futuro quando questo trae origine da un'obbligazione, che precede o è contemporanea alla concessione dell'ipoteca (art. 1969, n. 4, 2007). Onde il patto di estendersi l'ipoteca ed i suoi effetti costituita pel capitale sul quale son dovuti gl'interessi oltre le tre annate, perchè queste siano iscritte, non offenderebbe cotale principio, purchè il debito degl'interessi sebbene fosse futuro, pure l'obbligo di pagarli è contemporaneo alla concessione dell'ipoteca pel capitale, che li produce. Onde non ammettiamo la ragione del Martou, per la quale ritiene la invalidità del patto. Ma pare che non fosse ciò consentito dalla legge per ragioni di pubblico interesse. La pubblicità mediante la iscrizione di una somma determinata d'interessi da scadere avverte i terzi del vincolo, che grava l'immobile; sicchè contrattando col debitore non possono ignorarlo e non tenerne ragione. Ma non si è creditore solamente per patto. I crediti potendo derivare dalla legge, da quasi contratto, dal delitto e dal quasi delitto, sarebbero privati di ogni garentia, se il patrimonio del debitore fosse assorbito da un cumulo d'interessi non ancora scaduti nel momento, che nasce il credito e potesse fornirsi d'ipoteca ed iscriversi. La tutela del diritto degli altri creditori ha, fra l'altro, consigliato la restrizione degli effetti della ipoteca a sole tre annate d'interessi e a non riconoscere il patto della estensione dei medesimi ad altre annate, patto, che diverrebbe di stile, e mette-

Digitized by Google

rebbe in gioia tutti gli usurai. Ciò è confermato vieppiù dalla lettera del nostro articolo, col quale si permette il patto della estensione alle sole spese giudiziali maggiori di quelle espresse nel medesimo, e si tace intorno al patto dell'estensione anche agl'interessi futuri; silenzio tanto più notevole che si aveva presente l'articolo 110 della legge ipotecaria toscana e il progetto del Codice, che lo accettava, cancellato dalla Commissione del Senato.

5. Una istituzione di origine toscana, accolta nel Codice Albertino, è stata sancita nell'articolo 2011, e compiuta cogli articoli 2023, e 2087, nel fine di conciliare gl'interessi dei creditori, aventi una ipoteca estesa sopra parecchi immobili, con quelli dei creditori aventi un'ipoteca meno estesa, nel caso di concorso fra loro in un solo o in diversi giudizi d'ordine.

Essa è diversa dalla surroga convenzionale e legale per pagamento, prendendo il nome di surroga ipotecaria per evizione.

Il creditore, che non ha potuto essere soddisfatto col prezzo provegnente da uno o più immobili a lui ipotecati per essersi col medesimo dovuto soddisfare un creditore anteriore, è surrogato di diritto nell'ipoteca del creditore soddisfatto in quella parte, che vincola altri immobili, il cui prezzo fosse da distribuirsi, per essere soddisfatto sul medesimo in preferenza dei creditori posteriori alla propria iscrizione, o per esercitare l'azione ipotecaria contro i terzi possessori, i quali avessero trascritto i loro titoli di acquisto posteriormente alla iscrizione del creditore non soddisfatto.

Dalla lettera e dal fine, che si è inteso raggiungere colla sanzione degli articoli 2011 e 3022 coordinati cogli articoli 1033, 1253 n. 3 e 1916 derivano le seguenti verità giuridiche.

A). Il creditore posteriore ed il terzo possessore, evitti, s'intendono surrogati nell'ipoteca più estesa dell'evincente, se la evizione sia effetto esclusivo dell'esercizio dell'ipoteca di detto evincente.

La surroga ha luogo per la somma per la quale si è sofferta l'evizione, sino all'ammontare di quella somma, che sarebbe spettata al creditore evitto, se non si fosse presentato nel giudizio il creditore evincente; e, nel caso di un terzo possessore, sino all'ammontare del prezzo ritratto dall'immobile e pagato al

Digitized by Google

creditore evincente, o della somma da esso terzo possessore pagatagli di proprio danaro per evitare la espropriazione.

Se in seguito della surrogazione vi sono creditori o terzi possessori perdenti, spetta loro lo stesso diritto di surroga. Però la somma del primo e dei successivi surrogati non può eccedere nel complesso il prezzo pagato al creditore evincente per causa dell'iscrizione anteriore dell'ipoteca.

Se il creditore evincente è soddisfatto in parte, ha diritto di preferenza per la residua parte sugli altri immobili a lui ipotecati,

B). La surroga ha luogo nell'ipoteca, ossia nel vincolo provegnente dalla separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede e nel privilegio stabilito dall' articolo 1962, a favore dello Stato.

C). La surroga dei creditori e terzi possessori nella ipoteca del creditore evincente sopra beni ipotecati diversi da quelli sopra i quali è stata presa l'iscrizione dello stesso credito, e col cui prezzo è stato soddisfatto, non è possibile, se la seconda iscrizione presa sopra gli altri beni sia posteriore alla iscrizione della ipoteca del creditore evitto, e alla data della trascrizione del titolo di acquisto (1).

D). La surroga ha luogo, a favore dei creditori e terzi possessori, nella ipoteca più estesa del creditore evincente sopra i beni o del debitore o appartenenti ad un terzo per la somma, per la quale il debitore comune per effetto del seguito pagamento abbia subingresso nei diritti del creditore in virtù degli articoli 1033, 1253, n. 3, e 1916, nel solo caso però, che non offenda il diritto di costui e dei suoi creditori.

Per contrario se il debitore comune in virtù dell'ipoteca ha soddisfatto il creditore evincente un debito che era suo, i suoi creditori e terzi possessori evitti non sono surrogati nell'ipoteca dell'evincente, che ha sopra i beni appartenenti ad un terzo: invece il terzo è surrogato nei diritti, che ha l' evincente, contro il debitore nell'interesse e per colpa del quale egli patisse l'evizione.

---

(1) Ciò è molto controverso, ma par che la proposizione risulti chiara dal testo dell'articolo, che concede la surroga nell'ipoteca del creditore anteriore, nè si è creditore anteriore sopra quelli immobili sopra i quali la iscrizione è posteriore a quella del perdente.

Digitized by Google

Questo coordinamento degli articoli 1033, 1253 n. 2 e 1916 non è ammesso dall'avvocato G. d'Acunzo, che ha scritto del *fondamento giuridico della surroga ipotecaria per evizione* (Gazzetta Dritto e Giurisprudenza anno IX, n. 7 a 21); sebbene giunga alle stesse nostre risultanze, cioè, che il creditore perdente non debba concorrere per contributo fra i varii aventi causa del debitore comune sul prezzo cavato dalla vendita dei fondi fatta esercitando le ragioni del proprio debitore subentrato nei diritti del creditore per virtù degli articoli 1033, 1255, n. 3, ma debbe essere ai medesimi preferito.

La quale risultanza è arbitraria, se non si ammette il coordinamento da noi sostenuto: poichè la somma conceduta al debitore surrogato al creditore, che ha pagato, esercitando i diritti di lui, è una somma, che si dovrebbe distribuire per contributo. Di questo principio è conseguenza l'articolo 715 Cod. di proc. civ.

E). Ha luogo la surroga a favore dei creditori e terzi possessori e evitti nell'ipoteca dell'evincente sui beni del debitore alienati, nel solo caso però, che la trascrizione del titolo di alienazione sia posteriore alla iscrizione del titolo di altro terzo possessore.

F). Il creditore e il terzo possessore evitto possono fare annotare in margine o in calce della iscrizione del creditore evincente il loro diritto di surrogazione, nel fine d'impedirne la cancellazione, ed avere direttamente le intimazioni o notificazioni che occorresse fare in dipendenza dell'iscrizione, giusta l'articolo 1994.

La Corte di cassazione di Roma attribuisce un secondo effetto all'annotazione del diritto di surrogazione; che è quello di determinare la preferenza tra due o più creditori surrogatarii.

Essa, dove negli articoli 1994, 2011 e 2022 leggesi *può*, sostituisce *deve*, dal quale obbligo fa scaturire l'effetto del diritto di preferenza aggiungendolo a quello stabilito nell'articolo 1994. Ma ciò è fare la legge, quale avrebbe dovuto esser fatta, non è interpetrarla ed applicarla, quale oggi ella è (1), special-

(1) Diritto dei terzi, 1 vol. n. 20. pag. 375 Consulta il capo secondo della presente stampa.

Digitized by Google

mente dopo l'ultima legge sul credito fondiario, la quale ha inteso provvedere agli effetti disastrosi della cessione dei crediti derivanti dal ristretto ufficio assegnato all'annotazione dall'articolo 1994.

G). La domanda di surrogazione può farsi, finchè non diventi irrevocabile il verbale della liquidazione dei crediti, e nelle successive graduazioni, che potessero aver luogo per la distribuzione del prezzo degli altri fondi ipotecati.

Queste proposizioni avrebbero bisogno d'illustrazione e di dimostrazione in alcune parti, ma noi ce ne asteniamo, avendo scritto una monografia sulla surroga legale per pagamento e sulla surroga ipotecaria per evizione coordinandole fra loro. Essa è stampata nel volume secondo del *Diritto dei terzi*, che può consultare chi creda di averne bisogno.

6. Se giusta l'articolo 2007, l'ipoteca qualunque essa sia, legale, convenzionale o giudiziale, prende grado dal momento dell'iscrizione, il grado è inalterabilmente fissato fra i creditori e rispetto ai terzi possessori nel momento della iscrizione legale disposta cogli arlicoli 2042 e 2089 nei casi di purgazione e di spropriazione. Di ciò ci siamo anche occupati nel capitolo precedente sulla *rinnovazione* delle iscrizioni.

7. Le ipoteche sono vinte dai privilegi.

Ed uno dei principali pregi del Codice italiano è di averli ridotti a due, al credito delle spese ed a quello pei tributi.

L'articolo 1961 dispone, che il credito per le spese del giudizio di spropriazione degl'immobili e di quello di graduazione, fatte nell'interesse comune dei creditori, è privilegiato sopra gl'immobili spropriati ed è *preferito a qualunque altro credito.*

Con le spese di spropriazione si converte il valor dell'immobile in moneta numerata, e senza le spese di graduazione non si può attribuire quello, che sopra essa spetta a qualunque creditore vi concorra.

Il creditore, che le fa, le anticipa nell'interesse comune di tutti i creditori, onde dal prezzo di ciascuno degl'immobili spropriati si preleva proporzionatamente la somma, che si è anticipata.

L'articolo 684 del Codice di procedura civile compie la disposizione relativa alle spese di spropriazione, dichiarando che

Digitized by Google

le spese della sentenza di vendita, della tassa di registro e della trascrizione della sentenza medesima sono a carico del compratore. La tassa di registro e quella della trascrizione sono restituite, se la vendita sia dichiarata nulla.

Le altre spese *ordinarie* del giudizio sono anticipate dal compratore, salvo il prelevarle sul prezzo della vendita.

Chi procede alla spropriazione deve necessariamente anticipare le spese ordinarie del giudizio, la vendita compiendo la spropriazione. Quando vi è un compratore, l'espropriante può, senza attendere le risultanze del giudizio di graduazione, farsi liquidare le spese dal giudice delegato all'istruzione del giudizio di graduazione, giusta le norme dell'articolo. Il giudice vi procede secondo le disposizioni comuni intorno alla tassazione delle spese, e la ordinanza, se non vi è reclamo, ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva contro il compratore.

Il compratore, che le paga, le preleva poi sul prezzo della vendita nel giudizio di graduazione.

La liquidazione delle spese ha luogo sulla istanza del creditore istante e la ordinanza è intimata al compratore.

Non crediamo, che debbasi intimare a tutti i creditori iscritti per renderla esecutiva contro il compratore. Le spese occorrenti potrebbero essere non lievi ed esse ridonderebbero a danno dei creditori. D'altronde costoro non patiscono alcun danno, perchè possono reclamare dalla tassazione nel giudizio di graduazione allorchè il compratore fa la domanda di prelevazione. Ed il creditore istante, che ha esatta l'anticipazione, se succumberà, è obbligato a restituire l'eccesso.

In quanto alle spese straordinarie, cioè quelle per le istanze sugl' incidenti, dice l' articolo, che sono a carico di chi abbia fatto contestazioni non fondate. Se nonchè l'autorità giudiziaria può dichiarare che le spese, cagionate da eccezioni non fondate, *del debitore* sieno prelevate sul prezzo della vendita.

Limitata è la facoltà concessa all' autorità giudiziaria, la quale non pertanto suole usarne nei casi analoghi: come per esempio un tale, per sospendere il corso della spropriazione, inizia un incidente di separazione cavilloso, che niuno creditore farebbe discutere e rigettare, se non dovesse esser rivaluto dalla massa delle spese, che occorrono, certo che il reclamante, essendo

Digitized by Google

un non solvente, non può pagare le spese. Ed è una facoltà che deriva dalla necessità delle cose, senza l'uso della quale non si troverebbe un creditore, che a sue spese e con certezza di non poter esser rivaluto, menasse innanzi la spropriazione.

È quistione, se le spese della rivendita sieno da comprendersi fra le spese della spropriazione, perchè l'articolo 693 stabilisce che le spese della medesima sono rimborsate *a chi di ragione* dal precedente compratore, il quale giusta l'art. 672 ha dovuto depositare il decimo del prezzo d'incanto, o dei lotti pei quali ha offerto.

Ma l'offerente può essere stato dispensato dal depositare il decimo, e non essere sufficiente a pagare le spese della rivendita.

Noi crediamo, che la parte istante abbia diritto di privilegio sul prezzo della nuova vendita insieme alle altre spese di spropriazione. La rivendita è un incidente della spropriazione, necessario per convertire il valore dell'immobile in prezzo, essendo riuscito vano il precedente tentativo.

Essa accade nel comune vantaggio di tutti i creditori, e addossarne il carico difinitivo alla parte diligente è commettere una ingiustizia, e cagionare un ritardo, se non un abbandono di procedura, in taluni casi. L'articolo 593 ha avuto per iscopo di determinare a carico di chi dovessero essere le spese di rivendita e a chi dovessero pagarsi, ma non ha tolto all'istante il diritto di esserne rivaluto, in ogni caso, dal prezzo della nuova vendita come quelle che forman parte delle spese di spropriazione (1).

Le spese di purgazione dalle ipoteche non sono da comprendersi fra le spese di spropriazione, essendo la purgazione una procedura speciale, per la spesa della quale provvede l'articolo 2040, che deve essere applicato.

Le spese di graduazione son tassate nella sentenza di omologazione dello stato di graduazione sopra nota fatta dal cancelliere, da depositarsi nella cancelleria ventiquattro ore prima della spedizione della causa, perchè le parti possano farvi le loro osservazioni, o scritte o verbali all'udienza, e vi comprende anche

---

(1) Corte di Cass. Napoli, 18 aprile 1895, Perfumo contro Marsico.

Digitized by Google

le somme che occorrono dopo la spedizione della causa a suo giudizio da farsene conto (art. 716 Cod. di proc. civ.).

Le spese della graduazione, che ha luogo in seguito del giudizio di purgazione, sono nella stessa guisa dovute e tassate, non facendovi la legge alcuna eccezione.

Nel corso del giudizio di spropriazione e di graduazione occorrono talvolta delle spese per la conservazione degl'immobili, le quali se sono state fatte dai sequestratari giudiziali, o da altri con autorizzazione del tribunale, o in altri modi legittimi, forman parte delle spese di spropriazione. Si applicano gli articoli 1862, 1863, 1876 e 1877.

Il sequestratario amministra per conto del debitore e dei creditori nell'interesse comune; per cui le spese di amministrazione, a lui dovute, e delle quali non è giunto a soddisfarsi dalla rendite, delle quali deve render conto, sono prelevate dal prezzo, come privilegiate.

8. È opportuno dir qualche cosa intorno al giudizio degli onorari dovuti agli avvocati *super re defensa* se questa consista in un immobile.

Le leggi napolitane non riconoscevano alcun privilegio; ma fu ammesso dalla giurisprudenza.

Si ragionava così:

Essendosi l'immobile conservato ai creditori per l'opera deldell'avvocato e del procuratore, i creditori, che ne hanno ottenuto il vantaggio debbon permettere che gli avvocati ed i procuratori ne prelevino quanto occorre per soddisfarsi del compenso e delle spese. Se gli avvocati ed i procuratori non possono ritenersi come mandatari dei creditori, perchè costoro niun mandato han loro dato, sono da considerarsi come utili gestori del loro negozio. Cotal principio, che informa il privilegio riconosciuto, per coloro che hanno conservato la cosa mobile altrui, che fa ammettere il privilegio per gli architetti ed i costruttori, che concorrono a rifare e migliorare l'altrui edifizio, conservandone od accrescendone il valore, e che la giurisprudenza applica al valore delle migliorazioni fatte ai fondi rustici, deve per analogia essere esteso anche ai compensi ed alle spese dovute agli avvocati ed ai procuratori.

Poteva ostare il difetto di pubblicità, derivante dalla man-

Digitized by Google

canza d'iscrizione sopra gl'immobili, ma le leggi non richiedevano le iscrizioni per ogni privilegio ed ipoteca.

Questo ragionamento oggi riuscirebbe inesatto.

Secondo i principî del Codice italiano non può ammettersi alcun privilegio per il compenso e le spese dovute agli avvocati ed ai procuratori.

Esso non riconosce come privilegiate sugl'immobili, che le sole spese di espropriazione e di graduazione fatte nell'interesse comune dei creditori.

Le spese, che non possono comprendersi fra quelle di spropriazione e di graduazione non possono essere privilegiate, anche quando sieno state fatte per conservare al debitore la proprietà o il possesso dell'immobile o la libertà del medesimo, il cui prezzo si distribuisce. Il loro privilegio sarebbe occulto, e lesivo non solo del diritto dei creditori posteriori alla prestazione dell'opera e delle spese, ma anche agl'interessi dei creditori anteriori nel vantaggi, dei quali ha conservato l'immobile. Imperocchè, siccome ogni prestazione di opera materiale occorsa per la conservazione dell'immobile ipotecato non è privilegiata a differenza di quanto si dispone per la conservazione e pel miglioramento dei mobili, e ciò nel fine di proteggere il credito fondiario, così l'opera dell'intraprenditore, dell'avvocato o del procuratore non può esserne privilegiata, sebbene l'intraprenditore abbia diritto per l'opera materiale, e l'avvocato e il procuratore siano concorsi col loro consiglio a mantenere nel debitore integro il diritto sull'immobile ipotecato.

Le stesse spese della difesa del debitore nei giudizi penali non sono fornite che di un'ipoteca legale, non esente dalla iscrizione (art. 1969, n.° 5).

La Corte di Cassazione di Napoli chiamata ad esaminare e decidere una tal quistione, non ostante una dotta memoria dell'avvocato Landolfi, negò il privilegio: tanto più notevole la sentenza in quanto che rompeva con la tradizione dell'antica giurisprudenza.

9. L'articolo 1962 stabilisce il privilegio dei crediti dello Stato pel tributo fondiario dell'anno in corso e dello antecedente, comprese le sopra imposte comunali e provinciali, sovra gl'immobili tutti del contribuente situati nel comune, dove il tributo

Digitized by Google

si riscuote e sopra i frutti, i fitti e le pigioni degli stessi immobili, senza pregiudizio dei mezzi speciali di esecuzione autorizzati dalla legge.

Il tributo fondiario è un prelevamento dalle rendite dei fondi inserviente alla vita dello Stato, delle provincie e dei comuni; onde il privilegio non dovrebbe esser costituito che sopra i fitti, le pigioni ed i frutti, e non già sopra gl'immobili, che li producono, ma la necessità della certezza della esazione lo ha fatto estendere anche alla proprietà degl'immobili. E, perchè non si arrecasse danno ai creditori, ai quali non può essere ignoto il debito del tributo, s'è limitato a due soli anni, il corrente e il precedente.

I modi di riscuoterlo sì mobiliari che immobiliari sono privilegiati, ma il mobiliare deve sempre precedere lo immobiliare nell'interesse del debitore e dei terzi.

Due sono sul proposito le principali controversie. Che s'intenda per anno in corso; se il privilegio si estenda anche alle posteriori annualità, che corrono durante le esecuzioni.

Per anno corrente nell'esecuzione sopra i fitti le pigioni ed i frutti s'intende quello, nel quale l'esattore procede alla esecuzione dei medesimi, che sono la garantia dell'anno, che corre e del precedente. Se la esecuzione per gl'incidenti, che nascono si prolunga, di guisa che altro sia dovuto oltre il biennio per le altre annualità, l'esattore proceder deve sopra i fitti, le pigioni ed i frutti, che scadono successivamente alla precedente esecuzione. E nuovo anno corrente è quello, nel quale comincia la nuova esecuzione. Onde sopra il valore, che si ritrae da ciascuna esecuzione, l'esattore, rapporto agli altri creditori, non ha diritto a prelevare da ciascuna, che un biennio, cioè l'anno in corso al cominciamento di ciascuna esecuzione ed il precedente.

Inoltre la esecuzione mobiliare cominciata da qualunque creditore è estranea all'esattore, come è estranea a tutti gli altri creditori. Ne principia a godere gli effetti, quando vi si fa parte (art. 575, 598, 646: e 653 proc: civ:) per cui da quel momento deve computarsi l'anno in corso ed il precedente.

La trascrizione del precetto ad istanza di qualunque creditore o dell'esattore rende comune la procedura di esecuzione immobiliare a qualunque creditore, per cui l'anno in corso deve

Digitized by Google

computarsi dal giorno che si è trascritto il precetto; onde sul prezzo dell'immobile l'esattore non ha diritto ad esercitare il privilegio che per l'anno in corso al momento della trascrizione del precetto e pel precedente; non ha nessun diritto a prelevare le annualità posteriori, che scadono durante il giudizio di spropriazione.

Questo è il sistema accettato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione di Roma, dopo molto dubitare. (1)

Nè l'esattore che deve il non riscosso per riscosso, è privo di ogni mezzo di riscossione, sicchè avesse diritto ad ottenere lo sgravio dallo Stato, perchè questi in ultimo risultamento verrebbe a patirne.

Se l'istante nell'esecuzione è l'esattore, del ritardo egli è colpevole, non spingendo con sollecitudine la procedura.

Se non è egli l'istante, ha il diritto di farsi surrogare al creditore istante, se questi non gli paghi il tributo a misura delle scadenze (art. 65 legge 20 aprile 1871).

Ma oltre questo diritto, egli ha l'altro, ancora più efficace, di poter pignorare i fitti, le pigioni ed i frutti, non ostante la trascrizione del precetto o avviso d'asta.

Il sequestratario giudiziale, sia esso il debitore sia un terzo, ha il dovere di pagare dai fitti, dalle pigioni e dai frutti i pesi, che vi sono inerenti, quali sono i tributi ed i canoni, e le spese occorrenti per raccoglierli, e qualora costui non compie il debito, suo, non è vietato all'esattore, al domino diretto, al creditore di pignorare con esecuzione mobiliare i frutti, i fitti e le pigioni per essere soddisfatti.

Imperocchè il sequestratario deve render conto ai creditori ipotecari del valore dei frutti, dei fitti e delle pigioni netti di tutti i pesi, che vi sono inerenti.

Ciò è detto espressamente dall'articolo 65 della legge speciale: « È tuttavia riservato all'esattore il diritto di procedere colle forme stabilite da questa legge sopra i frutti pendenti del

---

(1) Non è però accettato dalla Corte di cassazione di Napoli, (sentenza dei 25 settembre 1895) la quale ritiene che l'esattore ha diritto di essere collocato con privilegio per l'anno in corso al tempo dell'aggiudicazione e pel precedente.

Digitized by Google

fondo compreso nel precetto trascritto pel pagamento d'imposte garantite *dal privilegio dei frutti medesimi* ».

Se non che, si fa osservare che la facoltà di agire esecutivamente sopra i frutti malgrado la trascrizione, sia data per il solo credito privilegiato ossia per l'anno corrente al tempo della trascrizione e per il precedente, e non per le annate succcessive; onde l'esecuzione mobiliare sopra i frutti ed i fitti per le annate successive non è possibile.

Al che rispondiamo, che l'esattore ha il diritto di concorrere sul prezzo dell'immobile pel suo credito privilegiato dell'anno in corso al momento della trascrizione del precetto o dell'avviso d'asta, e del precedente. Avendo ancora il diritto, non ostante la trascrizione del precetto, di agire esecutivamente sopra i frutti, le pigioni ed i fitti in danno del sequestratario; questo diritto di agire si riferisce all'anno in corso nel momento, in cui procede alla esecuzione mobiliare, sicchè saranno privilegiate sul prezzo dell'immobile le due annate dovute all'esattore quando segue la trascrizione, e saranno privilegiate sopra i frutti, i fitti e le pigioni le due annate, dovute nel momento della esecuzione mobiliare, diritto indipendente da quello, che ha sull'immobile pel precedente biennio. Così l'esattore ha il diritto di praticare fino all'aggiudicazione tante esecuzioni mobiliari quante siano necessarie per rifrancarsi ogni anno o due sopra i nuovi frutti fitti e pigioni.

Ed è ciò conforme alla natura del diritto dell'esattore, il quale procede contro il contribuente e, per esso contro il sequestrario, che lo rappresenta, a misura che scade il tributo e nascono nuovi frutti e maturano nuovi fitti e pigioni.

Così ha deciso la Corte di Cassazione di Roma con sentenza del 6 marzo 1883, le cui considerazioni ingiustamente sono censurate dal Ricci (n° 127 vol. 10).

10. Il privilegio del tributo è inerente all'immobile, esso lo segue in qualunque mano faccia passaggio; è una vera ipoteca, esente dalla iscrizione. Ciò è risoluto dall'articolo 43 della legge 2 aprile 1882. Esso dice: « L'esattore per l'esazione dell'imposta dell'anno in corso e dell'antecedente ha diritto di procedere sull'immobile, pel quale l'imposta è dovuta, quando anche la proprietà ed il possesso sieno passati in persona diversa da quella

Digitized by Google

iscritta sul ruolo, tanto prima che dopo la pubblicazione di esso ruolo ».

Ma se il terzo possessore è acquirente in un giudizio di spropriazione o d'incanto per purgazione, non può essere molestato pel tributo anteriore all' aggiudicazione, l' immobile acquistando purgato da ogni privilegio ed ipoteca (art. 716 del Codice di proc.). (1) Se non che vi è una differenza tra l'ipoteca e il privilegio.

L'esattore, che ha un privilegio esente da iscrizione non deve essere citato nel giudizio di spropriazione e di graduazione. Se egli non concorre volontariamente al giudizio di graduazione, è compreso nel giudicato, che dichiara la decadenza dei creditori non comparsi.

Per contrario al creditore iscritto devono essere intimati il bando e tutti gli atti successivi designati dalla legge; sicchè, se non si adempiono verso di lui le forme stabilite, non può dirsi compreso nella pronunziazione di decadenza dei creditori non comparsi. Egli conserva intatta la sua ipoteca ancorchè l'acquirente abbia pagato l'intero prezzo (art. 2029, n. 4).

Sebbene per l'articolo 1962 l'esattore abbia il privilegio sugli immobili tutti del contribuente situati nel territorio in cui il tributo si riscuote, pure si è giudicato che, nel caso di alienazione, conservi il privilegio per la sola somma dovuta sul fondo alienato e non già per quella di tutto il tributo su tutti gli immobili del Comune.

Questa distinzione è parsa risultare dal modo come è espresso l' articolo 43, che limita il diritto dell' esattore di procedere sull' immobile, *su cui l' imposta è dovuta* dell' anno in corso e dell'antecedente.

11. L'articolo 1962 estende il privilegio dello Stato per tutti i crediti dovutigli per diritti di registro e per ogni tributo indiretto sopra gl' immobili, che ne sono l'oggetto.

Questo privilegio è limitato. Esso non può pregiudicare ai diritti reali di ogni genere acquistati sul fondo dai terzi prima del trasferimento soggetto alla tassa; sicchè ha gli effetti più

---

(1) Cass Roma 10 marzo 1887, Foro italiano, 1889, 1, 316.

Digitized by Google

di un'ipoteca esente da iscrizione che di privilegio. Che anzi esso non si estende contro i terzi possessori, se i crediti sono per supplimento di tassa.

I terzi dunque, che hanno acquistato un diritto reale di qualunque natura, d'ipoteca o di frazione di proprietà, non possono essere offesi da questo privilegio dello Stato, purchè l'acquisto abbia efficacia verso i terzi, che terzo rispetto ad essi deve riguardarsi lo Stato. E per avere efficacia verso i terzi deve essere stato secondo i casi, iscritto o trascritto e legalmente conservato.

Ancora più è stato attenuato il privilegio per la riscossione delle tasse di successione, disponendosi che non abbia effetto a danno dei creditori ipotecari del defunto, che hanno iscritto la loro ipoteca nei tre mesi dalla morte di lui, e nemmeno a danno dei creditori, che hanno esercitato il diritto di separazione del patrimonio del defunto. E siccome il diritto di separazione è concesso ad ogni creditore del defunto, sia ipotecario sia chirografario, sia provvisto di scrittura, sia da fornirsi di prova nelle forme legali, ed a favore dei legatari, il privilegio dello Stato non pregiudica ai creditori di qualunque natura ma pregiudica ai legatari: perchè la tassa di successione è un debito dell'erede, ed i legati sono debito dell'erede. I legatarii acquistano il diritto al legato alla morte del defunto sopra il patrimonio, che lo Stato mediante la tassa di successione loro garentisce, e ne forma un peso inerente. Se nonchè il privilegio ne è limitato su ciascun immobile a quella sola somma, che sopra di esso è dovuta; non essendo indivisibile il privilegio su tutto il patrimonio per tutta la somma dovuta.

Sebbene il privilegio sia sancito per ogni sorta di tributi indiretti, pure, secondo l'ordinamento del nostro sistema tributario, esso si riduce alla riscossione delle sole tasse di registro fra le quali son comprese quelle di successione.

Tutte le altre specie di tassa si esigono nell'atto stesso dell'operazione e non per via di privilegio sopra immobile.

12. Discorrendo delle garantie del domino diretto per la riscossione dei canoni nel nostro libro *del Diritto dei terzi*, emettemmo l'opinione, che il medesimo abbia il diritto di farli valere nella liquidazione dei miglioramenti dovuti all'enfiteuta

Digitized by Google

in caso di devoluzione, anche rispetto ai terzi (art. 1566); e abbia anche il diritto di prelevarli, nel giudizio di graduazione dal prezzo del dominio utile, non potendo i creditori ipotecari far valere la loro ipoteca se non sul residuo.

Questa opinione, accolta da alcuni scrittori e dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione di Napoli, è stata strenuamente combattuta dal professore Emilio Bianchi nella sua opera dei *Privilegi* (n. 179 e seguenti).

Molti sono gli argomenti, con i quali si sostengono le due contrarie opinioni, nè noi intendiamo riassumerli tutti e dire sopra ciascuno quello, che occorre, rimettendo chi legge alla piena trattazione fattane altrove (1). Ci limitiamo ad osservare:

Che il Codice concede espressamente al domino diretto il privilegio dei canoni per l'anno in corso ed il precedente sopra i frutti. La qual cosa non ha alcuna relazione colla nostra quistione, colla quale si sostiene la prelevazione sul prezzo dei miglioramenti:

Che neanche può pigliarsi alcun argomento dall'articolo 2010: il quale dispone degli effetti delle iscrizioni ipotecarie:

Che invece il Codice concede per garentia al domino diretto il diritto alla devoluzione, il quale trae seco il diritto alla prelevazione sopra il prezzo delle migliorazioni, equivalente nei suoi effetti ad un privilegio, ma che tale non è, dovendosi avere quale una conseguenza necessaria del diritto di devoluzione.

Il diritto alla devoluzione produce un'azione reale, la quale scioglie tutti i diritti reali costituiti sopra il fondo enfiteutico (art. 665 e 1565). Se nonchè i creditori dell'enfiteuta possono intervenire nel giudizio di devoluzione per conservare le loro ragioni, valendosi anche all'uopo del diritto di affrancazione spettante all'enfiteuta, per offrire il risarcimento dei danni e dare cauzione per l'avvenire. Se la devoluzione è dimandata per non pagamento dei canoni, oltre l'affrancazione, i creditori non possono evitarla, che pagandoli nella loro integrità a qualunque somma ammontino; e, se è richiesta per causa di deteriorazioni, i creditori debbono rimborsarne il valore e dar cauzione per

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi, vol. 1°.

Digitized by Google

l'avvenire. Il diritto dunque dei creditori, se vogliono conservare integra la loro ipoteca sul fondo enfiteutico, è condizionale; è mantenuto se pagano tutti i canoni arretrati; altrimenti si riduce sul prezzo dei miglioramenti se fossero dovuti, e per la somma per la quale sono dovuti.

L'azione di devoluzione si può esercitare e contro l'originario enfiteuta e i suoi eredi e contro i terzi aventi causa, quali sono i donatari ed i compratori, ancorchè abbiano acquistato il fondo all'asta in seguito di forzata spropriazione. Ed in ciò il diritto del domino diretto è molto più ampio di quello del venditore per lo pagamento del prezzo, al quale è negata ogni azione di risoluzione contro i terzi (art. 1511).

I subacquirenti non possono essere molestati che colla sola azione ipotecaria, essendo stata concessa ai venditori un'ipoteca legale da iscriversi legittimamente sino alla trascrizione.

Da questa differenza di disposizioni nasce, che il compratore all'asta di un fondo enfiteutico può essere molestato dal domino diretto col giudizio di devoluzione *ob canones non solutos* a qualunque somma ammontino, ed egli per evitar la devoluzione nel fine di conservare l'acquisto del fondo, o deve pagare tutti i canoni arretrati o pure redimere il fondo, ossia restituire il capitale del canone ed i canoni arretrati nella stessa guisa come avrebbe potuto fare l'enfiteuta.

L'aggiudicatario, che vien molestato dal giudizio di devoluzione ha diritto alla garentia, come ogni altro compratore. Anche quando il domino diretto non avesse ancora istituito il giudizio di devoluzione, ma l'aggiudicatario ha ragione di temerlo, per non essere stato il domino diretto pagato dei canoni, può sospendere il pagamento del prezzo finchè non cessi il pericolo delle molestie. E questo pericolo non cessa, se i creditori non curino il pagamento dei canoni arretrati, o con i medesimi affranchino anche il capitale.

La conseguenza di queste diverse ipotesi è la seguente; o l'aggiudicatario per evitar definitivamente la devoluzione paga i canoni, ritenendone l'ammontare dal prezzo, o si scioglie dall'aggiudicazione, chiedendo i danni, o pure i creditori gl'impongono di pagare, o gli dànno cauzione. Risultamento finale si è

Digitized by Google

che il domino diretto o è pagato dei canoni col prezzo del fondo enfiteutico, o si riprende il fondo.

Ed ecco come dal diritto di devoluzione deriva il diritto di prelevare dal prezzo di aggiudicazione i canoni arretrati. Il Bianchi risponde nel modo seguente: « I principii accolti nel codice in tema di garanzia per evizione sono a torto invocati in questo senso, perchè il diritto pe' canoni arretrati si verrebbe dal concedente ad esercitare sul prezzo del fondo enfiteutico, non già sul fondo stesso in pregiudizio dei creditori iscritti sul medesimo, ma in danno dell'aggiudicatario, *il quale non ha altro obbligo che quello di pagare i canoni scaduti dal giorno dell'aggiudicazione* ».

Se fosse esatta questa ultima proposizione del Bianchi, che l'aggiudicatario non sia per legge tenuto che a pagare i canoni dal dì dell'aggiudicazione, e non possa patire la evizione del fondo se non paghi eziandio tutti i canoni arretrati, sarebbe notevole la sua osservazione che sul proposito mal s'invocherebbero i principii della garentia. Ma così non è. Il compratore all'asta se vuole evitare la devoluzione *ab canones non solutos* anteriori all'acquisto, deve pagargli nella loro interezza al concedente col diritto di prelevarli dal prezzo, per effetto della garentia, che gli compete per legge. O che il compratore paghi i canoni e li ritenga dal prezzo, o che il concedente se li faccia attribuire direttamente dal prezzo, si reduce allo stesso, cioè, che i creditori sperimentino la loro ipoteca sul residuo del prezzo depurato dei canoni dovuti, o esiggano meno dall'aggiudicatario, che li ha pagati o deve pagarli.

La liquidazione delle migliorie nel caso di devoluzione fra il concedente e l'enfiteuta consiste nel determinare *an et quantum debeatur* dal concedente all'enfiteuta, la quale liquidazione succede nella stessa guisa, sianvi o non sianvi creditori iscritti sul fondo enfiteutico; poichè il diritto di costoro in caso di devoluzione si riduce al *quantum debeatur* all'enfiteuta se *debeatur* qualche cosa.

La liquidazione deve consistere tra quello, che l'enfiteuta doveva pagare, come equivalente dei frutti del fondo, e non ha pagato, e quello, che ha speso nel fondo per migliorarlo. Non

Digitized by Google

può non tenersi ragione del canone, il cui ammontare, invece di darlo al concedente, lo ha versato nel migliorare il fondo.

Questo è il sistema di ogni liquidazione consistente nel dare e nell'avere, che non può essere turbato da ipoteche costituite sulle risultanze della liquidazione.

Il diritto dei creditori è meramente eventuale; è sopra il valore dei miglioramenti, quale è dovuto nel momento della compiuta devoluzione del fondo, non sopra una somma determinata; sicchè, se questo valore è assorbito da quello delle deterio razioni e da quello dei canoni non pagati, nulla è dovuto ai creditori.

Ed è questa la ragione, per la quale la legge dà al concedente il privilegio sopra i frutti del fondo per l'anno in corso e pel precedente e tace del diritto dei futuri canoni; poichè i frutti, dichiarata la devoluzione, debbono intendersi divenuti sin dalla domanda proprietà del concedente, e, se invece sieno stati percepiti dall'ex enfiteuta possessore, vanno imputati sul prezzo delle migliorazioni.

Il venditore non ha oggi diritto alla risoluzione del contratto in danno dei terzi, ma la sola ipoteca legale per il prezzo e per gl'interessi, come ogni altro creditore. Ma quando per le antiche leggi si concedeva la risoluzione anche rispetto ai terzi, da ciò si trasse per giurisprudenza costante, che il venditore non fosse da assomigliarsi ad ogni altro creditore, ma avesse a prelevare il capitale e gl' interessi a qualunque somma ammontassero. Se il venditore poteva riprendersi il fondo, sottraendolo del tutto all' ipoteca dei creditori, tanto più poteva prelevare o tutta o parte del prezzo pel capitale e per gl'interessi.

Confermiamo dunque la nostra opinione intorno al diritto del concedente di mettere a debito dell'enfiteuta i canoni non pagati nel conto del suo avere pei miglioramenti, che non deve confondersi colla legale compensazione cui si riferisce l'articolo 1294, e di prelevarli sul prezzo, che si distribuisce in graduazione, se non gli sono stati pagati dall' enfiteuta o dall' aggiudicatario.

13. Ai suddetti crediti o privilegiati o da prelevarsi, ed agl'ipotecari sul prezzo degl'immobili vengon dopo i crediti privilegiati sopra la generalità dei mobili non sufficienti a soddisfarli

Digitized by Google

indicati nell'articolo 1956, cioè le spese di giustizia fatte per atti, conservativi, o di esecuzione sopra i mobili nell'interesse comune dei creditori, le spese funebri necessarie secondo gli usi; le spese d'infermità fatte negli ultimi sei mesi della vita del debitore; le somministrazioni di alimenti fatte al debitore per lui e per la sua famiglia negli ultimi sei mesi ed i salari delle persone di servizio per egual tempo. E da ultimo son classificati i creditori chirografari.

14. Il diritto di separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede relativo ad immobili equivale ad una ipoteca. S'iscrive il vincolo e si rinnova l'iscrizione come l'ipoteca (art. 2060, 2065). Ha di speciale che non possa esercitarsi che nel termine perentorio di tre mesi dall'apertura della succesione, e che deve preferirsi alle ipoteche iscritte entro detto termine sugl'immobili dell'eredità a favore dei creditori dell'erede, ed ha efficacia anche contro i terzi possessori, che avessero trascritti i loro titoli di acquisto nei tre mesi dall'apertura della successione (art. 2062).

Inoltre i creditori del defunto ed i legatari, che hanno iscritto il diritto di separazione entro il termine dei tre mesi dall'apertura della successione concorrono fra loro secondo l'originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi e i loro diritti poziori (art. 3063).

Digitized by Google

CAPO SESTO

Dell'azione ipotecaria contro i terzi possessori

SOMMARIO

1. Dritto di ogni creditore di far vendere all'asta gl'immobili del suo debitore, anche quando non abbia ipoteca sul medesimo: limite di questo diritto: non può promuoversi la vendita senza la notificazione del precetto, la cui trascrizione produce il sequestro giudiziario.
2. Opposizione, che il debitore può fare contro il precetto.
3. La procedura deve essere diretta contro il debitore, che sia proprietario dell'immobile.
4. L'azione ipotecaria si dirige contro il terzo possessore dell'immobile o di un dritto reale sopra il medesimo, del quale sia divenuto proprietario. Che s'intende per terzo possessore: larga illustrazione.
5. Il terzo possessore è tenuto a rilasciare il fondo anche quando si dimostri che il creditore non possa esser pagato.
6. Può pagare i crediti iscritti e gli accessorî ai termini dell'articolo 2010 per evitare il rilascio.
7. Modo di procedere contro il terzo possessore.
8. Il possessore può opporsi alla procedura.
9. Può impugnare il credito.
10. Può impugnare l'ipoteca e il privilegio.
11. Può opporre di non possedere l'immobile ipotecato.
12. Non può opporre il beneficio d'ordine o di escussione.
13. Non può opporre *il beneficium cedendarum actionum*.
14. Per evitare la vendita in suo nome il terzo possessore può o pagare, o purgare, o rilasciare.
15. Casi nei quali non può rilasciare.
16. Per rilasciare deve avere la facoltà di alienare, o deve esservi debitamente autorizzato.
17. Modo come si eseguisce il rilascio: da che tempo deve i frutti.
18. Deve risarcire i danni: ha diritto ai miglioramenti.
19. Non è necessaria la distinzione tra spese necessarie, utili e voluttuose.
20. Tempo nel quale può far liquidare le migliorie.
21. Risurrezione dei diritti reali.
22. Il rinascimento prende grado dal dì della iscrizione.

Digitized by Google

23. Il sopravanzo del prezzo va a beneficio dei creditori del terzo possessore e, in mancanza, di lui.
24. I creditori ipotecari possono far vendere l'immobile, considerando come inesistenti i diritti di uso, abitazione e servitù, se questi sieno stati costituiti e trascritti posteriormente alle loro iscrizioni.
25. Il sopravanzo del prezzo di detti diritti spetta ai loro utenti.
26. Esame delle opinioni contrarie.
27. Il sopravanzo del prezzo a favore degli utenti non costituisce un privilegio o una prelevazione, ma è una loro proprietà surrogata ai diritti alienati.
28. Le stesse regole debbono essere applicate ai terzi possessori, se l'atto relativo alle servitù, all'uso, all'abitazione ed all'ipoteca è stato trascritto posteriormente alla iscrizione dei creditori.
29. Della garentia dovuta al terzo possessore evitto.
30. Illustrazione con un esempio.
31. Miglioramento possibile del sistema.

1. Il creditore per conseguire il pagamento di ciò, che gli è dovuto, ha il diritto di far subastare gl'immobili, dei quali è *proprietario* il suo debitore (art. 2076). Il che è la conseguenza del principio ammesso negli art. 1418 e 1419, che i beni del debitore mobili ed immobili, presenti e futuri sono la garantia comune dei suoi creditori.

L'ipoteca, che garantisce il credito, produce un diritto di prelazione, (art. 1950). In quanto al diritto di vendere, che discende dal credito, l'ipoteca n'è un limite, poichè se il creditore non ha ipoteca sugli immobili, non può senza il consenso del debitore, farli subastare che nel solo caso, che i beni *ipotecati* pel suo credito sieno insufficienti (art. 2080).

Il creditore non può promuovere la dimanda per la vendita dell'immobile, sia o pur no ipotecato, se non abbia fatto al debitore precetto di pagare nei trenta giorni successivi l'importare del debito, coll'avvertimento, che, non pagando in detto termine si procederà alla subastazione di quei beni immobili che deve specificare, designandone la natura, il comune in cui, si trovano, il numero del catasto o delle mappe censuarie, ove esistono e di tre almeno dei loro confini (art. 1979, e 659 Cod. di proc. civ.).

Al precetto non può procedersi se non in forza di titolo ese-

Digitized by Google

cutivo per un debito certo e liquido ; art. 2081, e 568 Cod. di proc. civ.; e se il creditore è un cessionario, oltre all'intimazione del suo titolo esecutivo, deve anche notificargli la scrittura di cessione; art. 2082, e 562 Cod. di proc. civ. (1).

Il precetto dev'essere trascritto in ciascuno uffizio delle ipoteche del luogo in cui sono i beni da subastarsi: articoli 2085, 659 Cod. di proc. civ. perchè divenendo pubblico i terzi ne possano venire in cognizione. La trascrizione opera il sequestro giudiziario, ossia il debitore non può alienare i beni specificati nel precetto nè i frutti, il cui valore deve essere distribuito unitamente a quello dei detti beni (2).

Il debitore ne conserva il possesso come sequestratario giudiziario, se i creditori non dimandino, ed il tribunale non nomini un altro sequestratario: art. 2085.

La legge non stabilisce il termine, entro il quale il precetto deve essere trascritto; ma è opinione comune, che possa farsi il giorno seguente alla intimazione sino a che il precetto non diventi inefficace pel decorrimento del termine stabilito dall'articolo 566 Cod. di proc. civ.

2. Al precetto il debitore può fare opposiziono fra trenta giorni dalla notificazione; ma questo termine non è perentorio, sicchè può farsi anche decorso detto termine; ma in tal caso essa non sospende l'esecuzione, se l'autorità giudiziaria non autorizzi la sospensione per gravi cause. Rigettata l'opposizione, il debitore deve pagare fra giorni dieci dalla intimazione della sentenza, tranne il caso che il termine designato nel precetto non scada prima di dieci giorni dalla notificazione (art. 660 Cod. di proc. civile).

3. Il debitore può essere proprietario pieno dell'immobile, può esser nudo proprietario, od usufruttuario ; può essere domino diretto, od utile, e può esserne un condomino.

Il creditore può far subastare non solo la piena proprietà,

---

(1) Si noti, non esser necessario far motto d'ipoteca, per la esposta ragione, che il diritto a vendere in danno del debitore discende dal credito e non dall'ipoteca.

(2) Mirabelli, Diritto dei terzi, Vol. 1.

Digitized by Google

ma anche quel diritto reale, che appartiene al debitore, e, se questi è un condomino, può procedere alla subastazione della quota spettante al proprio debitore dopo che sia fatta preventivamente la divisione (art. 2077).

Se ne comprende agevolmente la ragione. Niuno può essere privato della sua proprietà, o di parte di essa, senza essere inteso, ed il creditore, che inavvedutamente non procede contro tutti gli aventi diritto sull'immobile, farebbe opera inutile ed a lui dannosa, dovendo, nel caso di colpa, i danni all'aggiudicatario, che non potrebbe eseguire la sentenza di aggiudicazione se non contro il solo debitore udito e per la parte della quale fosse proprietario (1). Nel caso poi di proprietà indivisa, derivante sia da eredità sia da condominio, non si può procedere prima della divisione, potendo tornare inutile la vendita, se niuna quota degl' immobili venduti cadesse al debitore (art..679).

4. L'articolo 2076, dopo aver riconosciuto in ogni creditore il diritto di far subastare gl'immobili, che si trovano in proprietà del suo debitore, aggiunge che quando siano ipotecati a garantia del suo credito possa anche farli subastare dopo che son passati *in proprietà altrui*. Questa azione dicesi *ipotecaria*, della quale il Codice ital. si occupa nella sezione VI del titolo XXIII; capo II, lib. III, sotto il titolo *degli effetti delle ipoteche riguardo al terzo possessore*.

Fondamento di essa è l' ipoteca iscritta, della quale è necessità ricordare quanto basti per comprendere tutta la forza e l'estensione dell'azione ipotecaria.

Nel capitolo primo abbiamo illustrato la definizione della ipoteca, la quale ha per iscopo di assicurare il soddisfacimento di un' obbligazione in preferenza degli altri creditori, secondo l'ordine stabilito negli articoli 2007 e seguenti.

Per raggiungere questo scopo è dichiarato che la medesima sia inerente all' immobile vincolato e lo segua presso qualunque possessore.

---

(1) La procedura non può essere fatta contro tutti gli aventi diritto che quando tutti sien debitori, ma se alcuno di essi è terzo] possessore senza esser debitore, non si può agire contro di lui che coll'azione ipotecaria.

Digitized by Google

La scuola francese generalmente insegna, che gli effetti di ipoteca sieno due, diritto di prelazione e diritto *di seguito*, intendendo per diritto di seguito l'azione ipotecaria.

Ciò a noi non pare esatto.

Scopo finale dell' ipoteca è il soddisfacimento dell' obbligazione, cui accede, mediante il diritto di prelazione, che produce. Per ottenere la prelazione sopra il prezzo degl' immobili, che sono passati dalla proprietà del debitore in quella di un terzo, si concede l'azione ipotecaria, conseguenza della realtà dell'ipoteca. Il diritto dunque di *seguito*, ossia l' azione ipotecaria, è mezzo necessario per giungere a convertire gl'immobili in prezzo nel fine di esercitarvi sopra il diritto di prelazione. E non è questo il solo mezzo di tutela dato al creditore ipotecario. Così nel giudizio di subastazione a danno del debitore, gli è stato concesso il diritto della surroga nella procedura trascurata dal creditore istante (art. 575 proc. civ.) e il diritto di avere intimato il bando, diritti, che non sono stati estesi ai creditori non forniti d' ipoteca.

Diciamo dunque che unico effetto dell'ipoteca iscritta è un dritto di prelazione sul prezzo della cosa ipotecata; per attuare il quale si può procedere contro qualunque possessore.

Che s' intende *per terzo possessore*?

Non è esatto il dire che terzo possessore sia colui, cui è dal debitore trasferito o tutto l'immobile ipotecato o parte del medesimo; poichè si può essere terzo possessore di un immobile sul quale stia un'efficace ipoteca per un debito altrui, senza che costui sia il suo autore. Si può acquistare l'immobile altrui anche per prescrizione con dieci o con trent'anni senza che sia prescritto il diritto d' ipoteca, se il creditore ha curato di interrompere la prescrizione del suo diritto in conformità dell'articolo 2126, ed il vero proprietario abbia omesso d'interrompere la prescrizione acquisitiva nel suo interesse. Ogni acquirente dal proprietario dell' immobile ipotecato è un terzo possessore; ma non ogni terzo possessore ha un dominio derivativo, potendo averlo acquistato originariamente per prescrizione di trent'anni.

Terzo possessore è anche quegli, che l'articolo 686 chiama *legittimo*, quando cioè il possesso sia continuo, non interrotto. pacifico, pubblico, non equivoco e con animo di tener la cosa

Digitized by Google

come propria, sebbene non sia divenuto ancora proprietario. Ma qui non usiamo la espressione di terzo possessore in sì ampio significato, restringendola al solo *terzo possessore, che sia proprietario*. Non mancheremo però di tenere speciale ragione del possessore non ancora divenuto proprietario rispetto al diritto del creditore ipotecario contro il medesimo.

Quando il fondo ipotecato si trovi in tutto o in parte presso uno o più terzi possessori, si deve vendere in danno di ciascuno di loro, non in danno del debitore, che ha cessato in tutto o parte di esserne il proprietario. Le ragioni son tre; niuno può essere espropriato della proprietà di un immobile o di un diritto sul medesimo senza che sia inteso: la sentenza di vendita di un immobile o di un diritto sul medesimo non può essere eseguita che contro colui, che è parte della sentenza. La legge 16 § 3 D. *de pign. et hypot.* insegna con ragione: *in vindicatione pignoris quaeritur an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. Nam si non possideat, absolvi debet.* Il Bartolo nota in margine: *Sententia lata contra unum non potest mandari executioni contra alterum, sed debet iterum agi hypotheca.* Ciò è sancito espressamente dall'articolo 439 per l'azione revindicatoria, e per l'azione ipotecaria vi è il titolo apposito, che stiamo illustrando. La terza ragione si è, che il prezzo, il quale è l'equivalente dell'immobile o del diritto venduto, deve attribuirsi al proprietario dell'immobile o del diritto sul medesimo, purgato dei soli crediti ipotecari contro il precedente proprietario dell'immobile o del diritto, anteriori alla trascrizione dei rispettivi atti di trasferimento.

Nel numero decimo daremo un ulteriore svolgimento a questi principii, limitandoci per ora ad esaminare se il creditore possa espropriare in danno del suo debitore l'immobile o il diritto reale a lui ipotecato, sebbene sian passati in proprietà di un terzo possessore sol perchè costui non ha trascritto il suo titolo di acquisto.

Abbiamo trattato questa quistione più volte in diversi luoghi della nostra opera del Diritto dei terzi, (1) e siam rimasti

---

(1) Mirabelli, Vol, 1, monografia della trascrizione, pag. 16 e 130; Vol. 2 pag. 246.

Digitized by Google

sempre fermi nei tre principi sopraddetti. L'articolo 1942, sul quale si fonda tutto l'argomento della contraria opinione, scritto per dichiarare efficace l'ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del titolo di acquisto, si è esteso erroneamente al modo di esercizio della ipoteca. Questo articolo fa derivare la preferenza dell'ipoteca all'acquisto dall'anteriorità dell'iscrizione della ipoteca alla trascrizione dell'acquisto, e viceversa. D'onde si trae che il terzo possessore di un immobile che non ha trascritto il suo titolo di acquisto, non possa impugnare d'inefficacia la ipoteca iscritta sull'immobile da lui acquistato, per cui deve patirne la vendita all'incanto, in che consiste l'azione ipotecaria. Non se ne può trarre la conseguenza più larga che il debitore, non ostante la efficacia dell'ipoteca, non abbia punto alienato l'immobile; che l'acquirente non sia un terzo possessore e che si possa venderlo, senza udirlo, in danno del debitore precedente proprietario, e mettere la sentenza di vendita in esecuzione contro il terzo possessore. E ciò tanto più è erroneo, in quanto che si può diventar proprietario di un immobile ipotecato per prescrizione, che non deve essere trascritta, e dopo la sanzione dell'articolo 2041. Non ci estendiamo di più per non ripetere quello, che abbiamo scritto nei luoghi sopra allegati della nostra opera, dove si è trascritta una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli del 1 maggio 1891, la quale accoglie tutt'i nostri principii. Ed ora aggiungiamo solamente il ricordo dell'articolo 699 del Codice di procedura, nel quale si dà facoltà a chiunque d'intervenire nel giudizio di espropriazione per far separare la proprietà, l'usufrutto, o altro diritto. Opporrà l'espropriante l'articolo 1942, per effetto del quale ha ipoteca efficace sui beni reclamati, essendo la medesima iscritta anteriormente alla trascrizione del trasferimento dei medesimi, nè anche in quel momento operata: al che risponderà giustamente il reclamante, che l'azione ipotecaria potrà essere discussa ed esaminata nel giudizio, che potrà promuoversi contro di lui qual terzo possessore, non nel giudizio di espropriazione contro il precedente proprietario.

E se l'avente diritto non interviene nel giudizio di espropriazione per ottener la separazione, non perde la facoltà di revin

Digitized by Google

dicazione da promuoversi contro il compratore all' asta finchè l'azione non sia prescritta.

I creditori ipotecari iscritti sulla piena proprietà di un immobile possono ricevere un danno dall' istituzione dell' azione ipotecaria contro i terzi possessori dell'usufrutto, della nuda proprietà, del dominio diretto o del dominio utile, divenuti tali posteriormente alla iscrizione dell'ipoteca sulla piena proprietà. Il danno può essere duplice; la moltiplicità dei giudizi contro ciascuno dei terzi possessori, specialmente se sono numerosi, che il creditore ipotecario è obbligato a fare; il prezzo di vendita della piena proprietà, che può essere maggiore di quello, che si può ottenere dalla vendita distinta di ciascuna frazione di essa.

Del primo danno la legge non tiene alcun conto. Imperocchè si permette al proprietario di un immobile ipotecato di alienarlo per parte a distinti acquirenti, come per esempio può vendere un immobile per suolo edificatorio a numerosi costruttori non legati da alcun vincolo fra loro, può concederlo a tutti o ad alcuno in dominio utile, e dar la proprietà a taluno e l'usufrutto ad un altro. E per tutela del creditore ipotecario si dà l'azione ipotecaria, cioè il diritto di far vendere a danno di ciascuno dei terzi possessori la parte, che ciascuno di essi possiede per essere soddisfatto dell'intero suo credito. Se non che il danno può essere attenuato, se il creditore istituisca l' azione ipotecaria contro i terzi possessori contemporaneamente, e chiegga contro di tutti la vendita. Nè i terzi possessori possono dimandare la separazione dei giudizi, perchè sebbene non siano congiunti fra loro da nessun vincolo contrattuale, debbono non pertanto al creditore ipotecario lo stesso credito per intero indivisibilmente sulle frazioni, che ciascuno possiede, e ciascuna delle quali può essere venduta.

Non sempre la vendita della piena proprietà può fruttare maggior prezzo della vendita separata dell'usufrutto, della nuda proprietà, del dominio utile o del dominio diretto. Ciò dipende da condizioni speciali, che non possono essere valutate se non dagl'interessati, e giudicate dalle autorità giudiziarie. Non deve esser permesso al debitore di diminuire il valore dell'immobile ipotecato; alienandolo non già in parti distinte a diversi individui, ma smembrandone la proprietà in usufrutto, nuda proprietà,

Digitized by Google

dominio diretto od utile; e, se ciò avviene, non deve essere vietato ai creditori iscritti sulla piena proprietà farli, rispetto ad essi, dichiarare inesistenti, chiedendo di essere autorizzati a vendere la intera proprietà.

Ma non deve essere permesso a costoro di sconoscere il fatto esistente, e d'impedire la vendita delle frazioni intrapresa da qualche creditore, senza che essi promuovessero l'azione ipotecaria contro tutti i terzi possessori, avvalendosi del beneficio dell'articolo 661 del Codice di procedura per far riunire le procedure. Ciò è richiesto da una doppia necessità, cioè, che i terzi possessori non siano spogliati dei loro diritti, senza che le loro ragioni sieno valutate dall'autorità giudiziaria e fra l'altro quella di far determinare, quale sarebbe la loro condizione giuridica rispetto ai creditori, che non hanno ipoteca iscritta sopra la piena proprietà prima della sua divisione in frazioni; e che non sia impedita la vendita della frazione intrapresa da qualche creditore senza che il creditore, il quale creda ciò recargli pregiudizio, non si metta in grado di eseguire egli l'espropriazione della piena proprietà. Non gli può essere permesso di arrestare l'esercizio del diritto altrui senza l'esercizio del proprio diritto, col quale si tuteli anche l'altrui. Avremo occasione di ritornare su questa importante quistione, allorchè avremo a trattare della condizione dei godenti dell'uso, dell'abitazione, e delle servitù, che incapaci d'ipoteca non possono essere venduti separatamente dall'immobile ipotecato, e del diritto di purgare l'usufrutto, la nuda proprietà, il dominio diretto e l'utile dalle ipoteche (1).

5. Volendo il creditore ipotecario promuovere l'azione ipotecaria, deve incominciare dall'intimare al terzo possessore di rilasciare l'immobile o la frazione, che possiede, per poterlo vendere al pubblico incanto sotto il nome di un amministratore, purchè non elegga di pagare i crediti iscritti e gli accessorii, nella estensione designata dall'articolo 2010. Che se il terzo possessore non rilascia l'immobile, la vendita si esegue contro di lui in suo nome.

Non può il terzo possessore sottrarsi dal rilascio, anche

---

(1) Consulta n. 24 del presente capitolo e n. 2 del seguente.

Digitized by Google

dimostrando che il valore dell'immobile non sia sufficiente a pagare il creditore istante, e nemmeno se appena basti a pagare le spese di espropriazione, per dedurre la inutilità della vendita. La quale dimostrazione in alcuni casi è agevole; come se lo stesso possessore sia il primo creditore iscritto di somma molto superiore al valore del fondo, tenuta anche ragione del suo possibile aumento nel calore dell'asta—La legge gli ha somministrato il modo come liberare la proprietà dalle ipoteche o pagando i creditori iscritti, o col giudizio di purgazione. Se ciò non faccia, deve sottostare al rilascio, vietandosi giudizi di insufficienza di valori, i quali se talvolta sono di facile spedizione, nella più parte dei casi dan luogo ad indagini lunghe e difficili. E se il possessore per evitare il rilascio, si limita a pagare il solo creditore, che spinge contro di lui l'azione ipotecaria, si espone al risico delle azioni ipotecarie di altri creditori iscritti, come sarà detto con maggiori particolarità in prosieguo (1).

6. L'articolo 2167 del Codice francese ritiene obbligato il terzo possessore a pagare, in vigore della sola iscrizione, tutti i debiti esigibili, godendo dei termini e delle dilazioni accordate al debitor principale. Sicchè o deve pagare tutti gl'interessi e capitali esigibili o rilasciare, senza riserva, l'immobile ipotecato: art. 2168 (2).

---

(1) A sostenere l'opposta opinione non può trarsi argomento dal diritto romano, perchè il sistema n'è mutato. Troplong non è alieno di sottoporre il creditore istante ad una garantia verso il possessore, primo creditore iscritto, di far salire il prezzo del fondo a somma tale da bastare alla piena soddisfazione del credito di lui. Ma ciò non essendo stato concesso dalla legge al terzo possessore, sarebbe un mero arbitrio, come largamente ha dimostrato il Chiesi (tom. 5, n. 1079, *il sistema ipotecario*). La garantia può chiederla nel giudizio, che ha facoltà di promuovere per liberare l'immobile dalle ipoteche.

(2) Le leggi napoletane contenevano lo stesso articolo, il quale fu sempre inteso ed applicato nel senso, che il terzo possessore, sostituendosi del tutto al debitore, dovesse pagare tutti gl'interessi, sebbene non gli spettassero con prelazione per virtù dell'iscrizione. È questa l'opinione di Persil, Grenier, e degli annotatori di Zachariae. Ma il Troplong e il Duranton ed il Chiesi opinano altrimenti, anticipando la riforma del Codice italiano.

Digitized by Google

Il che è parso esorbitante al legislatore italiano. Se il terzo possessore è tenuto a pagare i debiti, che sono iscritti e per la somma per la quale sono iscritti, non deve pagare che quella somma d'interessi, che il creditore ha diritto a pretendere in virtù dell'iscrizione con preferenza agli altri creditori, non tutti quelli, che gli dovesse il debitore, non potendosi estendere oltre l'azione reale ipotecaria.

Nella relazione premessa al progetto del Codice leggesi; « Riguardo ai terzi l'ipoteca non può avere efficacia, se non nei limiti stabiliti in rapporto all'iscrizione: quindi se il credito reale è maggiore di quello iscritto, se il montare delle spese e degli interessi eccede quello risultante espressamente e legalmente dall'iscrizione, il terzo possessore non può esser tenuto a pagare, che sino a concorrenza delle somme dovute per effetto dell'ipoteca iscritta. Il progetto ha sanzionato questo principio, che risponde meglio al sistema ipotecario ».

Per questa ragione l'articolo 2013 del Codice italiano impone il dovere al terzo possessore di pagare i crediti iscritti e gli accessorii *a norma* però dell'articolo 2010 (quei soli, cioè, per i quali il creditore ha diritto di esser collocato con preferenza agli altri creditori), per esentarlo dal rilasciare l'immobile.

7. L'esercizio dell'azione ipotecaria è ordinato nel modo seguente:

Il creditore deve preliminarmente intimare il precetto al debitore di pagare, secondo le forme stabilite dal Codice civile e di procedura, e notificarlo al terzo possessore coll'intimazione di pagare o rilasciare l'immobile. (1)

Si è dubitato se fosse nullo il precetto ipotecario notificato al terzo possessore, quantunque la sentenza, eseguibile provvisionalmente, non sia passata in cosa giudicata. La Corte di Cassazione di Napoli con sentenza dei 2 dicembre 1886 ha ritenuto, che l'articolo 561 proc. civ. non fosse applicabile, poichè esso contempla il caso di una sentenza, la quale ordina ad un terzo un pagamento o altra cosa da eseguirsi da lui, mentre il terzo possessore è obbligato al rilascio, non per ordine del ma-

---

(1) Consulta n. 2.

Digitized by Google

gistrato bensì per legge, in quanto è possessore dell'immobile, su cui deve esercitarsi il diritto ipotecario.

La domanda per promuovere la vendita non può essere fatta che dopo 30 giorni dalla intimazione (art. 2014).

Se il debitore paga, la procedura è esaurita. Può avvenire che il debitore si opponga al precetto nel termine dei trenta giorni dalla notificazione, sicchè non potrebbe eseguirsi contro il medesimo, che dopo definito l'incidente. (1)

Nel qual caso neanche può promuoversi la vendita contro il terzo possessore. E non può neanche promuoversi, se il terzo possessore si opponga all'intimazione nel termine di trenta giorni, godendo egli degli stessi vantaggi del debitore opponente.

8. Le opposizioni del terzo possessore possono riguardare sia il procedimento, sia la esistenza del credito o dell'ipoteca, o la sua efficacia.

In quanto al procedimento, egli può produrre quelle stesse eccezioni, che la legge concede al debitore, perchè il precetto deve essere legalmente fatto al medesimo non solo nell'interesse di esso, ma anche in quello del possessore, essendo inteso a mettere in mora il debitore a pagare, lo che facendo, il possessore evita ogni molestia.

L'articolo 2014 stabilisce che il creditore non possa promuovere la subastazione, se non trenta giorni dopo il precetto fatto al debitore e la notificazione di esso al terzo possessore coll'intimazione di pagare o rilasciare l'immobile. Ma se trascorsi i trenta giorni egli omette di procedere fra quanto tempo può farlo?

La risposta a questo quesito è nel mettere in armonia gli art. 2021, 2085 del Codice, e 566 e 706 del Cod. di proc. civ.

Il creditore, che omette di conservare la efficacia del precetto ai termini dell'articolo 566 Codice di proc. civ., o pure lo

---

(1) *Si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, aeque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur* L. 16 N. 3, D. De pignor. Meglio sarebbesi detto in conformità dell'articolo precedente, *di rilasciare l'immobile senza alcuna riserva, se non prescelga di pagare*; o di purgare l'immobile dalle ipoteche.

Digitized by Google

abbandona ai termini dell'articolo 2085, nullamente ne fa la intimazione, dopo ciò, al terzo possessore, il quale può dedurne la inefficacia. Notiamo che la trascrizione del precetto è considerata dalla giurisprudenza come atto di esecuzione, cosicchè, trascritto che sia il precetto, cessa la inefficacia pronunziata dall'articolo 566, e comincia quella dell'abbandono, giusta l'articolo 2085.

La intimazione, che il creditore deve fare al terzo possessore, di pagare o rilasciare l'immobile, non è considerata come precetto dall'articolo 2014, non essendovi alcuna relazione contrattuale diretta fra loro; per cui non è ad essa applicabile la inefficacia pronunziata dall'articolo 566 del Codice di proc. pel precetto, qualora fosse efficace verso il debitore, ma invece l'articolo 2021, cioè se la intimazione contro di esso proposta è abbandonata per un anno, tutta la procedura è annullata, a cominciar dal precetto fatto al debitore.

L'articolo 2021 è compilato in modo alquanto oscuro, ma pare che la sua interpetrazione non possa esserne diversa; perchè è chiaro, che, se la istanza è abbandonata per un anno, la intimazione deve rinnovarsi e trascriversi; il che non può aver luogo se non si cominci dal precetto, che sarebbe per l'abbandono ancor esso inefficace. Vero è che tutto ciò è disposto per determinare il giorno, dal quale son dovuti i frutti; il che, suppone la inefficacia della intimazione anche per proseguir la procedura. Che se fosse altrimenti, se questa avesse luogo, ancorchè il creditore non rinnovasse il precetto e la intimazione, si avrebbe la conseguenza che il terzo possessore farebbe suoi i frutti fino al dì dell'aggiudicazione. Si farebbe una vendita all'incanto, senza il precedente sequestro giudiziario. (1)

9. In quanto al credito, per il quale si procede, il terzo possessore può impugnarne la esistenza nello stesso modo che potrebbe il debitore, e può opporre tutte le eccezioni, che la legge concede a lui indipendentemente dalla persona del debitore, fra le quali è da annoverarsi quella di simulazione fraudolenta, giusta l'articolo 1235. Ma se costui ha perduto ogni diritto per essere

---

(1) Consulta Mirabelli, Diritto dei terzi Vol. 1.

Digitized by Google

stato condannato irrevocabilmente al pagamento, può proporre quelle eccezioni, che spettano al debitore dopo la condanna. Ed ha anche il diritto di opporsi di terzo alla sentenza, se sia l'effetto di collusione o di dolo nei termini dell'articolo 512 del Cod. di proc. civ. Ed un altro diritto gli concede l'articolo 2015. Se la condanna del debitore è stata pronunziata in un giudizio, del quale egli non ha fatto parte, dopo la trascrizione del suo contratto, è ammesso ad opporre le eccezioni, che non fossero state opposte dal debitore, purchè non sieno meramente personali al medesimo.

Il creditore non ha il dovere di citare, nel giudizio di condanna contro il debitore, il terzo possessore, tanto più se questi non è diventato tate che dopo; ma anche essendolo divenuto prima, può essere ciò ignorato dal creditore. Dopo la trascrizione essendo divenuto pubblico il suo acquisto, il creditore, che vuole impedire la rinnovazione del giudizio, ha la possibilità di saper l'alienazione e citarlo. E se non l'ha fatto, altro diritto non è dato al terzo possessore che di proporre le eccezioni non proposte dal debitore, non già di far giudicare di nuovo quelle, che fossero già proposte, coverte come sono dalla cosa giudicata non impugnata nè per dolo nè per collusione.

In tali limiti la disposizione ci par molto equa. Essa ci è venuta dall'articolo 2287 del Codice Albertino, la cui compilazione fu preceduta da notevoli considerazioni di diritto e di equità, risolvendo quistioni sulle quali la giurisprudenza era discorde. (1)

10. Il fondamento dell'azione ipotecaria è la efficacia dell'ipoteca iscritta sul fondo ipotecato, ed è naturale che il terzo possessore abbia il diritto di opporre la inesistenza, la nullità, o la estinzione dell'ipoteca sotto tutti gli aspetti (2).

Si è disputato, se ordinata la subasta dell'immobile contro il terzo possessore, possa costui nella sede della graduazione, impugnare di nullità l'ipoteca, o pure gli sia di ostacolo la sentenza, che ha disposta la subastazione. La Corte di Cassazione, di Napoli con sentenza del dì 14 maggio 1879 dichiarò, che se

---

(1) Motivi sul Codice Albertino, vol. 2, pag. 688.

(2) Consulta il numero 13 del Capo terzo.

Digitized by Google

non fu proposta e decisa la quistione dell'efficacia della ipoteca nel disporsi la subastazione, la sentenza, che la dispone deve limitarsi al suo contenuto, cioè alla subastazione. Il modo della distribuzione del prezzo si stabilisce nel giudizio dei gradi, il quale costituisce la sede opportuna delle quistioni sulla validità o nullità delle ipoteche. Aggiungiamo, che anche proposta e rigettata nel giudizio di espropriazione la eccezione della nullità dell'ipoteca, questa può riproporsi nella sede di graduazione, se la nullità dell'ipoteca è fondata sopra fatti posteriori al giudicato.

L'articolo 2014 concede il diritto di procedere contro il terzo possessore a qualunque creditore *munito* di efficace ipoteca. Tace del creditore, che sia munito di privilegio, silenzio tanto più notevole in quanto che è omissione di espressione, che si legge nei codici precedenti. Onde si è proposto il dubbio, se chi sia fornito di privilegio abbia diritto di procedere contro il terzo possessore.

Il Codice italiano ha abolito tutti i privilegi sugl'immobili, meno quello dovuto allo Stato pel tributo fondiario, *comprese* le sovr'imposte comunali e provinciali sopra gl'immobili tutti del contribuente situati nel territorio del Comune, in cui si riscuote il tributo, e per i diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sopra gl'immobili, che ne furono l'oggetto. Essi non debbono essere iscritti, onde all'omissione della parola *privilegio* nell'articolo 2014 si aggiunge l'altro argomento tratto dall'articolo 2013, che il terzo possessore è liberato quando paga i creditori *iscritti* a norma dell'articolo 2010.

Questa argomentazione letterale è controbilanciata da una altra argomentazione anche letterale, ma decisiva, derivante dall'articolo 1962, nel quale si presuppone di potersi procedere contro i terzi possessori, escludendone il caso del supplemento di tassa. Vi è poi la ragion della legge, che non può togliere allo Stato, alle provincie ed ai comuni il diritto di far valere le loro ragioni contro il terzo possessore dell'immobile soggetto al privilegio nei limiti ristretti dalle leggi designati, e che ogni terzo, che acquista può agevolmente conoscere.

Se ancor dubbio vi potesse essere, esso è dissipato dall'articolo 43 della legge dei 2 aprile 1882, colla quale si concede al-

Digitized by Google

l'esattore il diritto di procedere sull'immobile per l'anno in corso e l'antecedente, quando anche la proprietà ed il possesso siano passati in persona diversa da quella iscritta sul ruolo tanto prima che dopo la pubblicazione di esso ruolo.

La Corte di cassazione di Roma con sentenza del dì 10 marzo 1887 ne eccettua l'acquirente all'incanto nel giudizio di espropriazione per argomento dell'articolo 65 della stessa legge e dell'articolo 716 Cod. di proc., col quale si dichiarano decaduti i creditori non comparsi, fra i quali è l'esattore.

11. Il terzo possessore può anche opporre o di non possedere tutto o parte del fondo ipotecato, o di aver cessato di possederlo prima che sia stata trascritta la intimazione di pagare o rilasciare l'immobile. È naturale, che non possa rilasciare che quello che possiede, non quello che o mai non ha posseduto o ha cessato di possedere in tutto o in parte. Ma ben s'intende che se egli ne sia tuttavia il proprietario, cotale eccezione non impedisce l'esercizio dell'azione ipotecaria contro di lui. Non avviene di rado, che il debitore abbia costituito una ipoteca sopra un immobile, che egli ha diritto di revindicare o di richiamare nel suo dominio, e che i creditori vi abbiano iscritta sopra un'ipoteca legale o convenzionale. Oltreacciò il terzo possessore può essere un avente causa di altri che non sia il debitore, o pure un usurpatore che mediante un possesso legittimo intende acquistare l'immobile per prescrizione, ma non è divenuto proprietario nel momento dell'esercizio dell'azione ipotecaria.

Se il terzo possessore è un avente causa del debitore, che ha il diritto di riavere l'immobile, la efficacia dell'ipoteca dipende dal riconoscimento del diritto, che ha il debitore di far annullare o revocare l'alienazione (art. 1976); e, finchè ciò non succede, il terzo possessore non può essere molestato, perchè, essendone egli il proprietario e possessore fino alla dichiarazione dell'annullamento, della rescissione o della risoluzione l'ipoteca rispetto a lui, non ancora sussiste.

Se il terzo non è un avente causa del debitore, ma un mero possessore non ancora divenuto proprietario per prescrizione, la condizione del creditore deve essere bene studiata ed indirizzata. Se procede contro il terzo possessore, e può fare ope-

Digitized by Google

ra inutile, quando il suo debitore, proprietario dell'immobile vi si opponga nel corso del giudizio, o pure revindichi l'immobile dall'aggiudicatario; perchè sebbene fosse debitore, pure non ha perduto la proprietà dell' immobile , senza che fosse stata in suo danno fatta la subastazione. Tanto più che l'art. 2076 permette l' azione ipotecaria contro il terzo possessore quando lo immobile è passato nella *proprietà* di lui. E nel caso il terzo possessore non ne è divenuto proprietario nel momento dello sperimento dell'azione, giusta l' ipotesi.

Se il creditore procede direttamente contro il debitore, proprietario, ma non possessore, si corre il risico che l' aggiudicatario debba muovere lite al possessore del fondo per averne il possesso introducendo egli quell'azione di revindicazione, che compete al debitore. E forse potrà soccombere , se nell' intervallo del giudizio di subastazione il terzo possessore compie il periodo della prescrizione.

Il miglior consiglio, che si può dare ad un creditore per evitare ogni pericolo, è di far valere i propri diritti contro il debitore e contro il possessore; anticipandosi così quella lite col terzo, che il tempo può rendere di sfavorevole soluzione al creditore; e, se il creditore non volesse intraprendere un giudizio di cognizione , potrebbe procedere contro il terzo possessore coll' azione ipotecaria, proseguendo la esecuzione anche contro il debitore.

La permissione che il giudizio abbia il suo termine senza loro opposizione, precluderebbe ogni tentativo posteriore all'aggiudicazione; e se si opponessero, nascerebbe quel giudizio di cognizione, che il creditore non ha creduto istituire.

12. Il Codice non riconosce il beneficio di ordine o di escussione del debitore e dei suoi fideiussori. È noto che non era ammesso in Roma ne'primi tempi (1). Si cominciò dal fisco ad esser indulgenti verso i terzi possessori (2). Gl'imperatori Diocleziano e Massimiano vollero che si cominciasse a citare in giudizio il debitore : *Debitores praesentes prius denuntiationibus conve-*

---

(1) L. 10 D. qui pot. in pegn. L. 14 Cod. de Obl. et act. pegnor.
(2) L. 14 Cod. de pegn. et hyp.

Digitized by Google

niendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerit, persequenti tibi pignora sive hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus, Rector provinciae auctoritatis suae auxilium impartiri non dubitabit (1). Il diritto di escussione fu sancito con chiarezza dal Capo secondo della Novella quarta e modificato colla novella centododici negandosi a *chi avesse conosciuta l'ipoteca del debitore*. Varia fu la legislazione statutaria ed è varia la dottrina accolta dai Codici moderni. Non riconoscendo il Codice italiano che la efficacia delle sole ipoteche specialmente iscritte su specificati immobili, ogni acquirente è stato messo in grado di conoscere le ipoteche, che gravano l'immobile, che acquista, per cui può ben provvedere ad evitarne i danni. Tanto più che il beneficio dell'escussione oltre il danno di spese e di tempo, che arreca al creditore, ben più grave lo produce ai creditori ipotecari iscritti sugl'immobili, che sono presso i debitori, potendo gli iscritti sopra i medesimi anteriormente alla trascrizione dello acquisto esser vinti dai precedenti creditori, che avendo anche iscrizione sopra l'immobile alienato, sul prezzo del medesimo si sarebbero soddisfatti. A questo grave inconveniente, per altro, il Codice ha creduto di provvedere colla surroga ipotecaria, mediante la quale il creditore perdente subentrando nei diritti del creditore evincente può esercitare l'azione contro il terzo possessore, ma quanto tempo e quante spese occorrono per lo sperimento di tali giudizi? Bene dunque il Codice italiano, rispettando il diritto dei creditori ipotecari, ha loro data la scelta tra l'azione contro i debitori per ciascuno dei fondi da lui posseduti e quella contro i terzi possessori per i fondi già alienati.

13. L'articolo 1928 stabilisce, che il fidejussore anche in solido è liberato, allorchè per fatto del creditore non può avere effetto a favore del fidejussore medesimo la surrogazione nelle ragioni nelle ipoteche e nei privilegi, che aveva il creditore contro il debitore, art. 1916.

Questa eccezione appellasi *beneficium cedendarum actionum*.

Alcuni estendono questo beneficio al terzo possessore, as-

---

(1) U. 10 Cod. de pegn. et hypoth.

Digitized by Google

somigliandolo al fidejussore, il quale potrebbe opporre al creditore iscritto essere estinto il suo diritto verso di lui, perchè per suo fatto non può avere il subingresso nella sua ipoteca sopra gli altri beni, sopra i quali l'ha pregiudicato.

L'articolo 1964 dispone che l'ipoteca è indivisibile e sussiste per intero sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ciascuna parte. Onde il creditore che ha ipoteca sopra parecchi immobili, ha diritto d'iscriverla sopra tutti, o sopra alcuno di essi, può rinunziare liberamente alla medesima sopra tutti, o sopra alcuno di essi e far cancellare la iscrizione. Il danno, che può ricevere il debitore, o il terzo possessore non può restringere questo ampio diritto del creditore; perchè non solo non vi è fra essi alcuna relazione contrattuale, ma ciascuno può provvedere in modo da evitare il danno.

Il terzo possessore, per gli articoli 1253 n. 2 e 3 e 2022 ha il subingresso ne' soli diritti del creditore evincente, che sono esistenti nel momento della evizione come chiariremo nel commento dell'articolo 2022, il che non è da confondersi col *beneficium cedendarum actionum* conceso al fidejussore dall'arcolo 1928.

La più parte della scuola francese, seguendo l'antica, ammette il *beneficium cedendarum actionum* a beneficio del terzo possessore evitto; ma in una dissertazione pubblicata nella *Rivista del diritto francese e straniero* (1), M. Dupret, professore all'università di Liegi, ha combattute egregiamente tale dottrina. Ed è con lui il Mourlon, e l'ha seguiti la Corte di Cassazione di Francia (2) con tre arresti.

Il Codice italiano ha tolto ogni argomento ai sostenitori di cotal beneficio, abolendo, in ogni caso, quello della escussione, ed indicando coll'art. 2087 i limiti della rinunzia all'ipoteca imposti al creditore. Di questo beneficio può profittare il terzo

---

(1) Anno 1845, 401 e 505.

(2) Mourlon, *Traitè des subrogations personelles*, pag. 528 e seg. Cort. di Cass. di Parigi, 22 decembre 1846, 17 marzo 1852 e 18 decembre 1854; Dalloz. 47,15 e Journal du Pal., 1847, 1, 239: Dalloz 52 1, 27. J. du Palais, 1852, 11, 5; Dalloz, 55, 33 e J. du Palais, 1856, 1, 11.

Digitized by Google

possessore, beneficio assai ristretto, che abbiamo svolto nella nostra opera (1).

14. Il terzo possessore per evitare la subastazione, dell'immobile in suo danno e sotto il suo *nome*, ha tre facoltà: 1. pagare i crediti iscritti a norma dell'articolo 2010; 2. rendere libera la sua proprietà mediante il giudizio di purgazione; 3. rilasciare, senza riserva, l'immobile.

Non può evitare la subastazione in suo nome se non usa di alcuna di queste tre facoltà. La prima è quella di pagare i crediti iscritti. Il che non importa che il creditore istante, soddisfatto del suo, possa procedere oltre agli atti di esecuzione, come se fosse gestore o mandatario legale degli altri creditori. Essendo cessato ogni suo interesse, è venuto meno ogni suo diritto. Se nonchè ciascuno degli altri creditori iscritti ha la facoltà di domandar la surrogazione nella procedura ipotecaria, e, se la medesima è stata abbandonata per lo spazio di un anno, cominciar da capo la procedura col precetto al debitore (art. 2014 e 2018).

15. Non è sempre in facoltà del debitore di pagare o non pagare ancorchè non vi sia personalmente obbligato verso i creditori. Egli può esservi astretto nei seguenti casi:

1. Se il terzo possessore è debitore in dipendenza del suo acquisto di una somma attualmente esigibile, la quale basti al soddisfacimento di tutti i creditori iscritti contro i precedenti proprietari. Ciascuno dei creditori può obbligarlo al pagamento, purchè il titolo sia trascritto. La trascrizione del titolo è condizione essenziale di tutela dell' acquirente, perchè fino alla trascrizione possono efficacemente iscriversi altri creditori sullo immobile alienato.

2. Se il debito del terzo possessore non è attualmente esigibile, o è minore, o diverso da quello dovuto ai creditori: costoro possono mettersi d'accordo, ed in esecuzione del medesimo richiedergli che venga loro pagato nei modi e termini della sua obbligazione.

In entrambi i casi, l' acquirente, eseguito il pagamento, si

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi, Vol. 2, pag. 119, n. 49.

Digitized by Google

intende liberato da ogni ipoteca, non esclusa quella dovuta all'alienante, di guisa che il terzo possessore ha diritto di ottenere la cancellazione delle rispettive iscrizioni.

Nella relazione, che precede il progetto si espone la ragione delle suddette due disposizioni. Alla regola, per cui il terzo possessore, che non vuole pagare, può rilasciare il fondo per impedire che l'esecuzione sia promossa contro di lui, vien fatta un' eccezione dal progetto. È stabilito che, se il terzo possessore trovasi debitore di una somma esigibile, la quale basti al soddisfacimento di tutti i creditori iscritti contro i precedenti proprietari, ciascuno di essi può obbligarlo al pagamento, ed anche nel caso, in cui il debito del terzo possessore non fosse esigibile, o fosse minore o diverso da ciò, che è dovuto ai detti creditori, questi possono parimente, purchè di comune accordo, impedire il rilascio, e chiedere che venga loro pagato fino alla rispettiva concorrenza ciò, che egli deve nei modi e nei termini della sua obbligazione.

L'esperienza ha dimostrato che talvolta il terzo possessore, pentito del suo acquisto, fa sorgere egli stesso l' occasione di sciogliere il contratto col rilascio, colludendo con alcuno dei creditori, perchè lo molesti coll'azione ipotecaria. Ragion vuole, che gli altri creditori possano ciò impedire, quando avendo un interesse opposto si offrono di cancellare tutte le ipoteche, e di adempiere in tal modo essi medesimi alle obbligazioni del debitore riguardo al pacifico possesso della cosa venduta.

Tale facoltà, riconosciuta ai creditori, non è che l'applicazione della regola, per cui essi possono far valere le ragioni del loro debitore, che non siano esclusivamente personali.

3. Se sia *personalmente* tenuto al pagamento del debito, anche per averlo assunto nell' atto di alienazione, non ostante la esistenza di iscrizioni ipotecarie, i creditori, verso i quali l'alienante si è obbligato di pagare, sebbene non sieno intervenuti nel contratto, possono agire, esercitando i diritti del loro debitore alienante per astringerlo al pagamento. Le controversie, che possono sorgere dovranno essere definite secondo quello, che è stato convenuto, e gli avvenimenti posteriori, che possono averne modificato l' esecuzione secondo le regole generali del diritto.

Digitized by Google

Tutti gli aventi causa dal debitore a titolo particolare, cioè il legatario, il donatario, il compratore, il permutante, si sa che non sono tenuti personalmente al debito, per cui han diritto, tranne obblighi contrattuali, di pagare o non pagare. Si fa quistione per l'erede tenuto ipotecariamente per l'intero Se si procede contro di lui nella qualità di erede nella quota, del quale è caduto l'immobile ipotecato, egli non ha per autori i suoi coeredi, ma il defunto, dal quale si reputa di averlo ricevuto direttamente a titolo di erede. Onde a noi pare, che egli sia tenuto a pagare l'intero, se vuole evitare il rilascio dell'immobile (1).

16. Se il terzo possessore non paghi, se non intraprenda il giudizio per la liberazione della sua proprietà (2), ha la facoltà di rilasciare l'immobile, purchè sia capace di alienare, o sia debitamente autorizzato a farlo (art. 2016).

Il rilascio non è considerato comunemente come un abbandono ed una rinunzia alla proprietà: è un abbandono della sola detenzione nel fine di non fare figurare il suo nome nel giudizio di subastazione.

Onde può sempre ricuperare l'immobile fino all'aggiudicazione, pagando però i creditori iscritti giusto l'articolo 2010, oltre le spese, ed il rilascio non pregiudica alle ipoteche costituite dal terzo possessore e debitamente iscritte. Egli dunque continua ad esserne il proprietario, cadendo a suo rischio il beneficio e il danno.

Perchè si richiegga come condizione essenziale per effettuarsi il rilascio la capacità di alienare o, non avendola, la debita autorizzazione a farlo, mentre non si aliena la proprietà, può essere derivato dal considerare come di grave importanza il fatto dell'abdicazione del possesso da parte del proprietario,

---

(1) Mirabelli. Diritto dei terzi Vol. 2, pag.

(2) Il terzo possessore può liberare l'immobile dalle ipoteche anche dopo la notificazione del precetto al debitore, purchè nei venti giorni successivi alla notificazione, che gli vien fatta giusta l'articolo 2041 faccia trascrivere il suo titolo, che non fosse ancora trascritto, e nel termine di giorni quaranta procedesse in conformità degli articoli 2042, e 2044.

Digitized by Google

nulla più egli curando e la conservazione dell' immobile, ed i risultati dell'asta con danno suo e dei suoi creditori.

Alcuni scrittori considerano il rilascio come un completo ritorno di proprietà per risoluzione di contratto per le seguenti ragioni: 1. Si richiede la facoltà di alienare. 2. Rivivono i diritti estinti per confusione dopo il rilascio (art. 2017). 3. Sorge il diritto d' indennità contro il debitore, appena eseguito il rilascio (art. 2022). 4. Il diritto di ricuperare l' immobile si spiega col ritenere non irrevocabile la risoluzione. Questa quistione è più teoretica che pratica nell' interesse dei creditori e del terzo, tostochè si consente da tutti per il testo espresso della legge, che il terzo, prima che si compia la espropriazione, possa ricuperare l' immobile; ed i suoi creditori particolari han diritto a far valere le loro ipoteche. Può divenire pratica nell'interesse del terzo possessore col debitore, per definire, a carico di chi debba andare il perimento dell' immobile avvenuto per forza maggiore, secondo che il terzo abbia tuttavia conservato la proprietà dell' immobile, o questa sia ritornata nel debitore.

17. Il rilascio si eseguisce dal terzo possessore con dichiarazione fatta alla cancelleria del tribunale competente per la subastazione, la quale ne spedisce certificato. Egli però continua a custodire l' immobile, finchè non ne faccia consegna all' *amministratore*, che sarà nominato dal tribunale sull' istanza di qualunque degl' interessati. Contro l' amministratore si *faranno o proseguiranno* gli atti di vendita secondo le forme stabilite per la espropriazione. Non debbono dunque contro di lui rinnovarsi gli atti, già fatti contro il debitore ed il terzo possessore, ma continuarsi, dall'ultimo atto in poi.

Il terzo possessore deve i frutti, finchè non abbia consegnato all'amministratore l' immobile dal dì, nel quale è stata trascritta la intimazione di pagare o rilasciare. Ciò par dubbio secondo la compilazione dell' art. 2021, ma è chiarito dall'ultima parte di esso e dall'armonia dei principii, che informano questo art. 2021.

Ben si comprende, che se il terzo possessore non rilasci il fondo in modo che la espropriazione si prosegua contro di lui, diventa un sequestratario giudiziale giusta l'art. 2085; il quale deve essere applicato in tutte le sue parti.

L'articolo 2021 dispone, che il terzo possessore deve i frutti

Digitized by Google

dell'immobile ipotecato dal giorno, in cui fu a lui intimato il precetto trascritto di fare il pagamento o il rilascio, e, se la procedura sia stata abbandonata per lo spazio di un anno, son dovuti dal giorno della rinnovata trascrizione Questi frutti sono distribuiti unitamente al prezzo degl'immobili giusta l'articolo 2086.

Si è fatta quistione, se i frutti sieno dovuti dalla intimazione o dalla trascrizione del precetto e della intimazione. Abbiamo con qualche larghezza ragionato sopra ciò nel primo volume del Diritto dei terzi (1), dove si è ritenuto che non bisogna confondere l'azione di revindicazione, nella quale il possessore costituito, in mala fede, deve i frutti dal dì dell'intimazione, con quella ipotecaria, secondo la quale i frutti si debbono dal giorno, nel quale si opera il sequestro giudiziario ossia dalla trascrizione del precetto e della intimazione.

La Corte di Cassazione di Napoli con sentenza del dì 4 decembre 1883 ha ritenuto che i frutti decorrono durante le opposizioni alla intimazione del precetto, fatta al terzo possessore, perchè durante le opposizioni non vi è abbandono, ma semplice sospensione di esecuzione ai termini dell'art. 660 del Cod. di proc. civ.

I frutti son poi dovuti nel caso di rilascio, finchè il terzo non consegni l'immobile all'amministratore, (art. 2021), e qualora la espropriazione ha luogo in suo danno, sino al dì, nel quale rilasci l'immobile all'aggiudicatario, per unirsi al prezzo dell'immobile il prezzo di quelli dovuti fino al dì dell'aggiudicazione, ed attribuirsi all'aggiudicatario i posteriori. Se poi durante la espropriazione vi è stato consegnatario giudiziale, i frutti son dovuti fino al dì, che il terzo abbia fatto al medesimo la consegna dell'immobile.

18. Se il terzo possessore non paghi, se non inizii il giudizio di purgazione, se non lasci l'immobile ipotecato, decorsi i trenta giorni dalla intimazione di pagare o rilasciare, il creditore può procedere contro di lui alla espropriazione dell'immobile.

Egli però, nel caso di rilascio del fondo, ed in quello dell'espropriazione in suo danno, deve il risarcimento dei danni col suo fatto cagionati all'immobile ed ha il diritto di essere rimborsato dei miglioramenti.

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi.

Digitized by Google

L'articolo 2175 del Codice francese è scritto così: « I deterioramenti cagionati dal fatto o dalla negligenza del terzo possessore in pregiudizio dei creditori ipotecari o privilegiati, dan luogo contro di lui ad un'azione per l'indennità, ma egli non può ripetere le spese ed i miglioramenti da lui fatti se non per la quantità concernente il maggior valore, che risulta dal miglioramento ».

È stata censurata la disposizione di questo articolo relativa ai deterioramenti per non essersi seguìta la distinzione, che facevasi prima della pubblicazione del Codice, cioè di non doversi i danni che dal dì della introduzione dell'azione ipotecaria, per la ragione, che il terzo possessore, essendo proprietario dell'immobile ipotecato, poteva fare del medesimo quello, che egli volesse, tanto più che riconoscendosi ancora la generalità e la segretezza di alcune ipoteche, dovesse reputarsi possessore di buona fede.

Rispetto ai miglioramenti si disputava intorno al modo della loro liquidazione, e se in essi si dovessero comprendere le spese di conservazione e di restauro; e si era ancora discordi intorno al modo del loro pagamento; se cioè il terzo possessore avesse il diritto di ritenzione, o pure avesse un diritto di privilegio e di prelevazione.

Il Codice italiano ha modificato l'articolo nel modo seguente per risolvere tali difficoltà: Il « terzo possessore è tenuto a risarcire i danni cagionati all'immobile *per sua grave colpa* in pregiudizio dei creditori iscritti, e non può contro essi invocare alcun diritto di ritenzione, per causa di miglioramento. »—Egli ha però diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo, sino a concorrenza della minor somma, che risulterà fra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto.

Il terzo possessore è il proprietario dell'immobile, che egli amministra nel modo da lui creduto più conveniente ai suoi interessi, la ipoteca non impedendogli, nè limitandogli alcun diritto contenuto in quello della proprietà. Può anche abusarne, se non reca pregiudizio altrui; e reca pregiudizio ai creditori iscritti, quando col suo abuso diminuisce il valore del fondo, sul quale debbono venir soddisfatti. Ma non di ogni abuso, pro-

Digitized by Google

ducente danni, deve egli rispondere, essendosi voluto aver riguardo al suo diritto di proprietà; ma solo di quello che costituisce *una colpa grave*. Laonde deve i danni cagionati dal dì del possesso non per semplice fatto e negligenza scusabile in un proprietario, ma *per colpa grave*.

Non dal dì dell'esercizio dell'azione ipotecaria ma da quello del possesso, perchè è *colpa grave* il non curar di sapere, consultando gli archivi della Conservazione delle Ipoteche, se vi siano creditori iscritti, che non può pregiudicare.

Nel giorno nel quale il terzo possessore ha acquistato il fondo e se ne è impossessato, possono non esservi i creditori, i quali hanno poscia potuto iscrivere i loro crediti anteriormente però alla trascrizione, che egli faccia dell'alienazione, ed in questo periodo di tempo ha potuto deteriorare il fondo anche con colpa grave. Ne deve, o pur no, rispondere verso questi creditori?

A noi pare di no. Il proprietario che non ha creditori iscritti sull'immobile, facendo della cosa sua quel, che gli piace, non può cagionar danno a chi non ancora ha diritto sul suo fondo. La ipoteca colpisce questo nello stato in cui lo trova nel momento della iscrizione e non in quello ad esso precedente, del quale non si può chiedere conto al possessore ignaro della ipoteca. Oltre la ragion della legge, ciò deriva anche dalla lettera dell'articolo, che richiede la condizione del pregiudizio ai creditori iscritti, pregiudizio presente non passato, e dall'armonia dei principii, che, se il possessore ha diritto ai miglioramenti dal dì della pubblicazione del suo acquisto, non deve rispondere dei danni che dal dì della pubblicazione delle ipoteche.

L'ipoteca si estende anche sopra i miglioramenti dell'immobile ipotecato (art. 1966), perchè essendone accessione formano parte del medesimo; onde non si può avere il diritto d'impedire la vendita del fondo, finchè i miglioramenti non siano stati soddisfatti, tanto più che l'azione dei creditori rimarrebbe incagliata, mentre hanno costoro un diritto anteriore alla pubblicazione dell'acquisto.

Essi si rimborsano al terzo possessore, per quanto i creditori iscritti ne profittino, cioè pel maggior valore, che hanno dato al fondo, *per quantum res pretiosior facta est*. E se questo maggior valore sia più della spesa, il terzo possessore non può

Digitized by Google

pretendere più della spesa fatta, considerandosi il maggior valore come effetto delle condizioni dell'immobile ipotecato. La liquidazione segue nei modi ordinari, ed il terzo possessore ha diritto di farne separare dal prezzo dell'immobile la *parte*, che corrisponde ai miglioramenti, come quella, che costituisce il prezzo della sua proprietà.

Se non che non si concedono i miglioramenti, che sieno stati fatti anteriormente alla trascrizione del *titolo* del terzo possessore: e siccome tal titolo consister può in un legato a titolo particolare, non soggetto a trascrizione, così lo stesso legatario non può goderne gli effetti che dal dì in cui faccia trascrivere il testamento. La legge stabilisce nel titolo della *Trascrizione* quali atti debbono essere trascritti perchè producano un determinato effetto rispetto ai terzi, ma non vieta di trascrivere tutti quegli altri atti, dai quali, in altri luoghi, fa derivare un effetto dal dì della trascrizione; per cui il legatario, se vuole godere del beneficio della liquidazione dei miglioramenti, non può sottrarsi all'obbligo della trascrizione, come non può sottrarsene, se vuole liberare l'immobile legato dalle ipoteche, o vuole valersi della prescrizione di dieci anni.

Sino alla trascrizione, che rende pubblico l'acquisto, i creditori possono iscrivere i loro crediti sull'immobile (art. 1942) considerandolo tuttavia di proprietà del loro debitore, per cui non potendosi far distinzione tra creditori, che hanno iscritto prima che fossero fatti i miglioramenti e quelli, che avessero iscritto quando già erano esistenti, si è voluto, che i miglioramenti anteriori alla trascrizione fossero reputati nell'interesse dei creditori come pertinenti al debitore. D'altronde, non essendo obbligatoria la trascrizione, nel fine di renderne generale l'uso, non si è lasciata occasione per farne una condizione per godere un determinato vantaggio. Sopra ciò leggesi nella relazione al progetto del Codice:

« Non gli compete neppure il diritto di far separare dal prezzo l'importo dei miglioramenti, che avesse fatto prima della trascrizione del suo titolo, perchè è la trascrizione, che lo rende terzo possessore riguardo agli altri aventi diritto sull'immobile; soltanto per essa possono competergli le ragioni, che la legge riconosce, non a qualsiasi costruttore, che abbia fatto riparazioni e

Digitized by Google

miglioramenti, ma a chi veste la qualità di terzo possessore. Con tale disposizione viene d'altronde meglio promossa la pubblicità, che si vuole ottenere colla trascrizione, perchè l'acquirente sarà più sollecito a trascrivere il suo titolo ».

19. Ammesso il principio, che il terzo possessore non abbia diritto che alla somma minore, che risulterà tra lo speso e il migliorato, torna inutile la distinzione tra spese necessarie, utili e voluttuose. Imperocchè il perito, per determinare quale somma sia dovuta al terzo possessore, deve necessariamente muovere dall'esame dello stato dell'immobile, nel momento che l'alienazione sia stata trascritta, verificare la spesa fatta posteriormente per restaurarlo e migliorarlo e il maggior valore, che n'è provvenuto, non tenendo ragione alcuna del maggior valore derivante da incrementi naturali e dalla condizione del mercato, e non sia il prodotto di spese fatte e detraendo il valore dei danni cagionati da colpa grave del possessore.

Si fa grave disputa se siano dovute le spese necessarie per conservare l'immobile e il suo valore.

L'art. 1966 dispone che l'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell'immobile ipotecato. O che queste opere sieno fatte dal debitore, o pure da un terzo sull'immobile ipotecato, non si ha diritto a prelevare il prezzo delle medesime, non concedendo la legge nè privilegio nè ipoteca, e tanto più se sono opere di manutenzione o necessitate dalla condizione poco prospera dello stabile per conservarlo nello stato, in cui si trova.

Ciò è chiaro, se le opere sien fatte dal debitore. Se le faccia un terzo, può pretenderne il valore dal debitore secondo le norme stabilite dagli articoli 450, 451, 495, 502, 705 ; ma non ha diritto di rivolgersi contro i creditori iscritti sull'immobile, qualificandosi come loro utile gestore o quale loro tacito mandatario. Quest'azione renderebbe incerto il credito fondiario, che vivendo di sicurezza non deve andar ricercando chi spende per conservare, ristaurare, o migliorare l'immobile ipotecato nel fine di renderlo indenne del maggior valore, valore, ch'è derivato dalle spese occorse per mantenere lo stabile in buono stato. Laonde il Codice italiano, per tutelare maggiormente il credito fondiario, non ha riconosciuto neanche il privilegio di coloro, che somministrano

Digitized by Google

danaro per l'acquisto di un immobile, nè quello degli architetti, degli appaltatori, dei muratori ed altri operai impiegati nelle fabbriche per *ricostruzioni o riparazioni* di edifizi, canali o qualunque altra opera, per lo di più che è valuto lo stabile nel tempo dell'alienazione per effetto dei lavori non fatti dal debitore nel medesimo. E tanto più non può riconoscere un qualunque diritto di privilegio o d'ipoteca per le spese di riparazione, di conservazione e di miglioramento fatto da qualunque terzo sull' immobile. Si è limitato a riconoscere il diritto di privilegio del terzo per le spese, fatte per la conservazione e il miglioramento dei mobili, sempre che si trovano tuttavia nel possesso di lui. Ed ha fatto una eccezione per mera equità pel terzo possessore di un immobile nel rapporto dei creditori iscritti con due limiti, cioè che nulla costoro debbono al terzo possessore, che non si è fatto conoscere mediante la trascrizione del suo titolo prendendo così il luogo del loro debitore; che abbia bensì diritto a far separare dal prezzo dell'immobile il valore dei miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione, ma sino alla concorrenza della minor somma, che risulterà tra lo speso e il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto. Unica indagine adunque da fare è la seguente: le spese sia qualunque la loro natura fatte dopo la trascrizione hanno migliorato il valore dell'immobile, e questo miglioramento eccede le somme spese, o l'è minore? Egli è chiaro che se le spese non hanno migliorato il valore dell'immobile, ma lo han solo conservato nello stato in cui si trovava, non si ha diritto a separare dal prezzo un valore maggiore che del tutto non esiste, nè si ha diritto ad esser rifatto delle spese le quali non hanno prodotto un maggior valore. Laonde la distinzione tra spese necessarie , utili e voluttuose per la misura del diritto del terzo possessore è del tutto inutile, ed è inutile del pari il dir della conciliazione di Paolo con Africano intorno al dovere di rimborsar le medesime (1), lasciando la continuazione degli studi sopra questo soggetto a coloro, che mettono tutta la loro diligenza per conoscere le opinioni individuali dei romani giureconsulti, e se appariscono discordi, co-

(1) L. 22, D. § 2 de pign. et hypoth. L. 44 § 1 *de damno infecto* Carobelli Vol. p. 434.

Digitized by Google

me potersi conciliare per l'applicazione, che debba farsi nei paesi, dove il Diritto romano è tuttavia vigente.

Avviene il seguente caso: Un casamento del valore di 100 mila lire al momento della trascrizione del titolo del terzo possessore, o per vetustà o per tremuoto, senza colpa alcuna, cade in ruina: il suo valore diminuisce di lire 50 mila. Il terzo possessore, ricostruendolo colla spesa di lire 50 mila, lo fa aumentare al maggior valore di lire 100diecimila. Spetta alcuna cosa al terzo possessore e quale? Qui non si tratta di semplice spesa di conservazione, ma di ricostruzione per rimettere lo stabile in una condizione migliore, a cui l'aveva ridotto il caso fortuito. Il danno da questo derivante è del terzo possessore e per esso dei creditori iscritti; hanno essi avuto una perdita di lire 50mila. È questo il valore dell'immobile loro ipotecato e questo valore si è aumentato a lire 100diecimila per opera del possessore, che ci ha speso lire 50mila, le quali gli debbono essere rimborsate. È vero che il valore al tempo della trascrizione del titolo era di lire 100mila; ma questo valore è minorato senza colpa del terzo possessore, il quale non era obbligato a ricostruirlo. Avendo ciò fatto, producendo l' utile dei creditori, deve essere rimborsato.

20. Il tempo, nel quale il terzo possessore ha il diritto di far liquidare i miglioramenti, che pretende aver fatto all'immobile, deve precedere l'aggiudicazione definitiva per farne separare nel giudizio di graduazione il valore a lui dovuto dal prezzo, che deve l' aggiudicatario. Il che non facendosi, non si decade dal diritto, ma se la sua trascuraggine giunge sino al punto da far attribuire e distribuire definitivamente tutto il prezzo dell' aggiudicazione ai creditori o al debitore, non avrebbe alcun diritto contro l'aggiudicatario e contro i creditori, potendo solamente rivolgersi al suo autore.

21. L' art. 2017 dispone che le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo possessore, rivivono dopo il rilascio da lui fatto o dopo la vendita all'incanto contro di lui seguita, come gli spettavano prima del suo acquisto.

È questa la dottrina degli antichi giureconsulti francesi, del Voet e del Fabro (1).

---

(1) Voet lib. XX, t. V. de distr. ping. *Quo fit ut oblato dominio*

Digitized by Google

La confusione nella stessa persona della proprietà dell'immobile e dei diritti sopra il medesimo, ne ha prodotto l'estinzione per l'impossibilità di poterli esercitare (art. 1296). Ma quando la confusione svanisce, rivivono quei diritti, il cui esercizio diventa di nuovo possibile. Potrebbe dirsi che quando vi è dazione in pagamento, non solo vi è confusione, ma anche novazione; mercè la quale si estingue il credito. *Obligatio semel extincta non reviviscit.* (1) Ma si è risposto, che la dazione in pagamento allora produce la liberazione quando sia *irrevocabile,* presumendosi, che il creditore non abbia voluto far quietanza al suo debitore, se non nel caso, che non fosse evitto; onde l'adagio: *Acquisitio dominii revocabilis non extinguit hypothecam vel servitutem.* Ciò è confermato dall'art. 2031, del tutto nuovo nel Codice italiano.

D'altrone la dazione in pagamento non costituisce una novazione, ma è un vero pagamento, come è detto nelle Istituzioni, *Quibus modis, 111, 30: tollitur omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit.* E se accade l'evizione, venendo meno il pagamento, risorge l'antica obbligazione.

Il Ricci (2) propone la seguente quistione: Nel caso, che la evizione proceda da ipoteche che gravano il fondo dato in pagamento, rinasce l'ipoteca? E la risolve per la negativa, fondandosi sopra una sentenza della Corte di cassazione di Torino dell'11 maggio 1877, la quale fa distinzione tra l'evizione cagionata da azione revindicatoria del proprietario del fondo e quella che ha luogo per l'esercizio dell'azione ipotecaria. Nel primo caso rivive l'ipoteca ed il credito del proprietario evitto, perchè il pagamento è nullo ed inefficace. Ma nel secondo caso il debitore ha adempiuto la condizione di trasferire nel creditore la proprietà del fondo datogli *in solutum* e perciò non si può ap-

---

pristina jura redintegrentur—Jus suum pignoris cum praelatione ita reviviscit, quasi nulla pignoris emptio intervenisset.

(1) Se il fondo è stato concesso in pagamento della somma dovuta al creditore, vi è soddisfazione, non novazione. Se è stato concesso mediante prezzo sodisfatto o da soddisfarsi dal compratore, vi è vendita.

(2) Vol. X, es. 265.

Digitized by Google

plicare l'art. 2031. Il ragionamento della Corte di cassazione di Torino è il seguente: L'art. 2031 è tolto dall'art. 2299 del Codice Albertino, nel quale si dispone: Il privilegio e l'ipoteca rinascono col credito, allorchè il pagamento trovasi annullato per essere stato fatto con beni stati quindi evitti al creditore, o per altra causa: invece l'art. 2031 del Codice italiano dice: Le ipoteche rinascono col credito, se il pagamento vien dichiarato nullo. L'evizione non è per sè causa di annullamento, e di per sè non fa rinascere il credito: è necessario che derivi da una causa, che porti quell'annullamento; è soltanto allora che fa rinascere credito ed ipoteca. Chi ha ricevuto dal debitore in pagamento una cosa, che non è sua propria e ne rimane evitto, doveva essere soccorso con un rimedio straordinario col far rivivere il credito e l'ipoteca. Siffatta ragione non milita per chi ha ricevuto in pagamento una cosa vincolata ad altri, stando contro di lui la pubblicità dell'ipoteca, che egli ha potuto e dovuto conoscere. *Obbligatio semel extinta non reviviscit.*

Si osserva in contrario, che, se vi fosse solamente il nuovo art. 2031, potrebbe forse discutersi, se *dichiarato nullo il pagamento*, consistente nella dazione dell'immobile ipotecato per qualunque siasi causa, non esclusa quella provegnente dall'azione ipotecaria, rinasca sempre il *credito coll'ipoteca*, oppure se *dichiarato nullo il pagamento* per effetto dell'esercizio dell'azione ipotecaria *non sempre rinasca il credito*; per doverne concludere, che, nei casi nei quali, dichiarato nullo un pagamento, non rinascendo il credito, ma solo il diritto ad un'indennità, non possa neanche rivivere l'ipoteca, che ne è l'accessorio. Ma il Codice italiano nel sancire il nuovo art. 2031, ha conservato non solo l'art. 2017, ma lo ha reso più perfetto; poichè mentre il Codice francese si contenta di dire, « Le servitù ed i diritti reali che...» l'articolo italiano scrive: « Le servitù, le ipoteche, e gli altri diritti reali che... »

Il caso in questo articolo preveduto è appunto quello definito dalla Corte di Cassazione di Torino, cioè che un creditore eserciti l'azione ipotecaria contro il terzo possessore dell'immobile ipotecato, il quale rimane evitto, e decide che rivive l'ipoteca, ossia il credito ipotecario, che precedentemente avea sul fondo evitto, il quale in pagamento del detto credito gli era stato

Digitized by Google

concesso. La evizione produce di per sè la nullità del pagamento, sia stato il possessore sciente o inconsapevole della causa dell'evizione, se la causa della evizione sia necessaria e preesistente all'acquisto. E risorge la sua ipoteca non solo sul fondo evitto, ma nella sua integrità sopra gli altri beni ipotecati, essendo concepito l'articolo in termini generali. Non può questo articolo 2017 riferirsi all'altro caso, che pone la Corte di Torino relativo all' evizione cagionata da azione revindicatoria perchè, oltrechè è allogato sotto il titolo *Degli effetti delle ipoteche rispetto al terzo possessore*, la seconda parte dell'articolo concede il rinascimento dell'ipoteca dopo il rilascio fatto o dopo la vendita all'incanto, il che non può aver luogo che nel giudizio relativo all'esercizio dell'azione ipotecaria.

La Corte di Cassazione di Torino e con essa il Ricci non dovettero tener presente l'art. 2017, che risolve formalmente la quistione. Alcuni notano una tal quale contraddizione nella seconda parte dell'anzidetto articolo, in quanto che sancisce il rinascimento dei diritti reali non solo dopo la vendita all'incanto, ma anche dopo il rilascio dell'immobile, che è un temporaneo abbandono della amministrazione e del possesso, che può essere sempre da lui ricuperato, prima che sia stato venduto (articolo 2018) (1).

Ma contraddizione non v'è, perchè deve essere inteso ed applicato, per quanto è possibile, se è seguìto il solo rilascio e la vendita non è stata ancora fatta. Il rilascio fa perdere al terzo possessore il possesso e l'amministrazione dell' immobile, il quale si espone in vendita giudiziaria.

Il terzo possessore può dunque, dopo il rilascio, esercitare provvisionalmente le servitù, che aveva sull'immobile e nel giudizio di espropriazione i diritti di un qualunque creditore ipotecario. L'esercizio di questi diritti vien meno, se egli di nuovo ricupera l'immobile, perchè *res sua nemini servit.*

---

(1) Questa nota si mette in mezzo da coloro i quali credono che il rilascio non costituisca, per risoluzione di contratto, ritorno della proprietà all'alienante, ma un mero abbandono della detenzione e dell'amministrazione

Digitized by Google

22. L'ipoteca, rivivendo, prende grado dalla nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata. Ciò è dichiarato espressamente dagli articoli 2001, 2007, 2032. Onde è valido il patto, che leggesi nei contratti di trasferimento dell'immobile ipotecato all'acquirente, che l'ipoteca non debba essere cancellata, ma possa rinnovarsi. Cotale patto non reca danno a nessuno quando l'iscrizione è ristretta sopra il solo immobile dato in pagamento, e può essere utile al creditore, nel caso che sia evitto del medesimo o per azione revindicatoria o per azione ipotecaria. Bartolo scriveva: (1) *Nota ut solet apponi in contractibus dationis insolutam clausulam; quod si contingerit rem evinci, remaneat actio in pristino statu.* E, per rimanere la ipoteca nello stato primiero, deve continuare ad essere iscritta. E, se la ipoteca iscritta si estende ad altri immobili oltre quello, che è stato alienato, non vi è ragione da impedire la convenzione di continuarsi questo modo di garentia.

La estinzione del credito e dell'ipoteca è condizionale, dura, cioè, finchè non si verifichi l'annullamento o la risoluzione del modo di pagamento, nel quale caso risorge il credito e l'ipoteca, perfetta colla sua antica iscrizione conservata e rinnovata.

23. L'annullamento o la risoluzione non pertanto della dazione in pagamento, che fa rivivere l'ipoteca e gli altri diritti reali, non annulla nè risolve le ipoteche ed i diritti reali, che avesse imposti sull'immobile l'acquirente durante il tempo, nel quale egli n'è stato proprietario. Ciò è sancito espressamente nel capoverso dell'art. 2016—*rispetto alle ipoteche*, dicendosi: « Questo rilascio non pregiudica alle ipoteche costituite dal terzo possessore e debitamente iscritte ». Se il rilascio non pregiudica alle ipoteche, tanto più non pregiudica alla vendita seguìta all'incanto. Sul prezzo ritratto dall'immobile sono collocati i creditori dall'autore del terzo possessore, iscritti anteriormente alla trascrizione del contratto o dell'atto traslativo di proprietà, ed in secondo ordine, se vi è avanzo, i creditori particolari dell'acquirente ed in loro mancanza, l'acquirente medesimo (art. 2092).

Il tribunale di Aix espresse l'opinione sull'articolo 73, che

---

(1) Sulla legge *Eleganter* D. de pign. art.

Digitized by Google

oggi costituisce la seconda parte dell'articolo 2117 francese e del capoverso dell'articolo 2016 italiano, non sembrargli giusto. Il rilascio per effetto d'ipoteca è un annullamento dell'acquisto, talmente che per l'articolo 69 (prima parte dell'articolo francese 2117) il fondo si reputa non essere stato mai nel patrimonio del terzo possessore. I creditori del debitore primitivo debbono riprenderlo come si trovava nelle sue mani e per conseguenza esente da ogni ipoteca costituita dal terzo possessore.

Ma questo principio non fu accettato. L'evizione dell'immobile per azione non vindicatoria, ma meramente ipotecaria è limitata nel solo rapporto dei creditori ipotecari iscritti, fino alla trascrizione dell'atto traslativo di proprietà, e consiste nel solo diritto di far vendere l'immobile per soddisfarsi dei loro crediti, sicchè soddisfatto il loro interesse, sia direttamente pagandosi dell'acquirente, sia col prezzo ritratto dalla vendita, l'acquirente rimane o proprietario dell'immobile o della parte residuale del prezzo, che gli è stato surrogato mediante l'incanto.

Laonde i creditori suoi particolari, cui ha consentito l'ipoteca quando era proprietario, conservano i loro diritti sulla parte del prezzo appartenente al loro debitore.

24. Ma, se ciò non fu accettato anche per rendere più sicuro il credito fondiario, nulla è scritto per la conservazione degli altri diritti reali costituiti, dall'acquirente sull'immobile già ipotecato, nel caso di vendita all'incanto dell'immobile in seguito di azione ipotecaria. Se l'alienante o l'acquirente ha sul fondo ipotecato concesso l'uso, l'abitazione, la servitù, questi diritti, che non sono capaci d'ipoteca e non possono essere espropriati separatamente dall'immobile, debbono essere rispettati dal compratore all'incanto o pure rimangono annullati?

La quistione è grave ed è con poco svolgimento trattata dagli scrittori (1).

È principio già ammesso che l'ipoteca non impedisce di alienare a qualunque titolo l'immobile ipotecato, o di costituirvi sopra dritti reali di qualunque natura; che il creditore ipotecario ha diritto di vendere la proprietà ipotecata, in danno del debitore e di colui, che n'è divenuto proprietario coll'azione detta

(1) Laurent vol. XXXI.

Digitized by Google

ipotecaria, sebbene sia obbligato ad usare procedure diverse e contro il debitor principale e contro il terzo possessore o più terzi possessori.

Il dubbio nasce dal perchè l'uso, l'abitazione e la servitù, non capaci d'ipoteca, non possono essere separatamente venduti, e la loro conservazione, anche in caso di vendita all'incanto a danno del debitore o del terzo possessore, che l'han costituiti, diminuiscono il valore dell'immobile in danno delle ipoteche precedentemente iscritte a carico del precedente proprietario.

Deve riconoscersi nei creditori ipotecari iscritti prima della trascrizione dell'atto traslativo della servitù, dell'uso e dell'abitazione, che procedono alla vendita forzata dell'immobile loro ipotecato in danno del proprio debitore o del terzo possessore, il diritto di far dichiarare inesistente l'alienazione di siffatti diritti reali con opportune dichiarazioni fatte nella sentenza di vendita e nel bando, uditi ben vero i terzi.

Ma, se i creditori anteriori non usano di questo diritto, il nuovo compratore all'incanto acquista l'immobile col peso dell'uso, dell'abitazione o della servitù, perchè egli l'acquista nello stato, in cui si trova presso il debitore con tutti i pesi inerenti; essendo un avente causa del debitore o del terzo possessore non ha che gli stessi diritti, che costoro avevano sull'immobile.

25. Gli acquirenti dell'uso dell'abitazione e della servitù posteriori all'iscrizione delle ipoteche non possono impedire che il loro acquisto sia considerato come inesistente rispetto ad ipoteche anteriormente iscritte: e, poichè la vendita dell'immobile non può esser fatta che indivisibilmente, cioè con o senza il peso dei loro diritti riguardo a tutti i creditori, così il prezzo del l'immobile alienato senza il peso dei loro diritti in parte rappresenta il valore dei loro diritti svaniti, e perciò ad essi spetta, se i creditori anteriormente iscritti fossero soddisfatti con quella parte del prezzo, che rappresenta l'immobile col peso dei loro diritti. Il prezzo, che a differenza dell'immobile è divisibile, rispetto ai creditori deve esser determinato in doppia lettura: prezzo dell'immobile senza pesi: prezzo dell'immobile con pesi. I creditori ipotecari, iscritti anteriormente alla trascrizione dei pesi, sono collocati sul prezzo intero. Se sopravanza tutta o parte

Digitized by Google

del valore dei pesi, deve essere data agli acquirenti dei pesi medesimi, con prelevazione ai creditori del debitore o dell'acquirente iscritti posteriormente alla trascrizione dei loro titoli di acquisto, ed in mancanza, agli stessi debitori ed acquirenti.

26. Noi abbiam ritenuto come cosa inconcussa aver diritto i creditori ipotecari dell'immobile, iscritti anteriormente alla trascrizione degli atti di acquisto della servitù, dell'uso e dell'abitazione, di far dichiarare come inesistenti rispetto ad, essi le anzidette alienazioni nel fine di far vendere franco e libero da detti pesi l'immobile loro ipotecato sia in danno del loro debitore diretto, sia in danno del terzo possessore. Ma non è questa l'opinione del Chiesi (1).

Egli ritiene che i creditori ipotecari iscritti anteriormente alla trascrizione dei trasferimenti degli anzidetti diritti reali debbono rispettarli, perchè il vincolo dell'ipoteca, lasciando intatti i diritti di dominio, non toglie al proprietario, o sia lo stesso debitore o pure un terzo possessose, la facoltà di disporre della cosa propria, e d'altronde la legge non manca di provvedere all'interesse dei creditori, loro accordando il diritto di ripetere dal terzo possessore le dovute indennità per i deterioramenti cagionati al fondo.

Non vale l'argomento, che si può trarre dalla seconda parte dell' articolo 2016, colla quale si riguardano come esistenti le ipoteche imposte dal terzo possessore rispetto ai creditori iscritti dell' alienante ; poichè si potè conciliare l' interesse dei creditori dell' alienante con quelli dell' acquirente, lasciando sussistere le une e le altre ipoteche con diritto di prelazione dei primi sopra i secondi. Ma ciò era impossibile rispetto alle servitù, all'uso ed all'abitazione costituite dai terzi possessori, perchè non si possono esercitare sul prezzo dei fondi; diminuiscono il valore della proprietà, su cui furono imposti e il pregio aumentano di quelle, a favore di cui furono imposti, i pesi e le seguono come indivisibili compagni dopo il rilascio e l'aggiudicazione.

Non possiamo accettare questa opinione.

---

(1) Vol. 5, pag. 245, n. 1129.

Digitized by Google

I creditori han dritto di essere preferiti ad ogni altro sul prezzo dell'immobile loro ipotecato, secondo il grado della loro iscrizione facendolo vendere sia in danno del debitore, che del terzo possessore. L'articolo 1942 stabilisce che gli atti traslativi della proprietà e dei diritti capaci d'ipoteche come quelli, che trasferiscono o modificano servitù prediali, diritti di uso e di abitazione o l'esercizio del diritto di usufrutto non hanno nessun effetto rispetto ai creditori, che hanno iscritto le loro ipoteche anteriormente alla trascrizione di quegli atti.

Che s'intende per le espressioni *non aver alcun effetto?*

Se l'atto contiene un trasferimento di piena proprietà, di nuda proprietà, dell'esercizio di un diritto di usufrutto, di dominio diretto e di utile, il vincolo ipotecario sussiste sulla piena proprietà e sopra ciascuna sua frazione; se non che, invece di procedersi alla vendita in danno del proprio debitore, che ha cessato di esserne proprietario o possessore in tutto o in parte, devesi vendere tutto l'immobile, o la frazione di esso alienata, in danno del terzo possessore. perchè niun può essere privato di ciò che possiede come cosa sua senza essere inteso (1). Le espressioni *non hanno alcuno effetto* non si estendono tant'oltre, che il creditore ipotecario nell'esercizio del suo diritto di vendere non debba tener ragione dell'alienazione avvenuta, vendendola in danno dell'alienante, che si è spogliato di fatto e di diritto di tutto o di parte dell'immobile, del quale altri n'è divenuto in parte o in tutto proprietario e possessore.

Egli deve venderla in danno dell'acquirente. Onde l'articolo 1942 deve mettersi nella sua esecuzione in relazione dei titoli, *degli effetti delle ipoteche riguardo al terzo possessore;* e del *modo di liberare gl'immobili dalle ipoteche.*

Ma se il trasferimento si riferisce ad una servitù, o un diritto di uso o di abitazione, non è possibile la vendita di questi diritti separatamente dall'immobile del quale sono una modifi-

---

(1) Consulta il numero quarto, nel quale abbiamo esposto quando i creditori possono essere autorizzati a vendere la piena proprietà non ostante la già seguìta alienazione dell'usufrutto, del dominio diretto ed utile, ed il modo come vi possono procedere.

Digitized by Google

cazione ed uno smembramento. O si deve vendere l'immobile col peso di questi diritti a favore degli utenti, o pure *optimo jure*, come franco libero da ogni peso, considerandoli come inesistenti. Le espressioni, *non hanno alcun effetto*, non possono avere altro significato che questo: i creditori ipotecari anteriori alla trascrizione degli acquisti di servitù, uso ed abitazione avranno diritto di farli dichiarare *inesistenti* rispetto ad essi, autorizzandoli a far vendere l'immobile come libero dai pesi anzidetti.

Avviene di essi come dell'ipoteca: quelle costituite a danno dell'acquirente non hanno efficacia rispetto alle ipoteche dell'alienante iscritte prima della trascrizione del titolo dell'acquirente.

Il danno, che ricevono i creditori iscritti, se dovesse prevalere l'opinione del Chiesi, potrebbe essere irreparabile. Il diritto di prelazione sul prezzo totale dell'immobile sarebbe estinto su quella parte, che il debitore ha alienato e che non si può vendere in danno degli acquirenti per la natura dei diritti trasferiti, e sarebbe spento anche sul prezzo prodotto dalla vendita in danno del terzo possessore, autore di simili trasferimenti. Il diritto sarebbe ridotto ad una azione personale contro il debitore o il terzo possessore, la quale non sempre produce il suo effetto per la non solvenza. Non ostante il vincolo d'ipoteca, il debitore può, è vero, imporre pesi sull'immobile ipotecato, ma gli acquirenti dei medesimi sanno che questi trasferimenti non hanno alcuno effetto rispetto ai creditori anteriormente iscritti sul medesimo.

27. Il limite che l'articolo 1942 impone, di doversi riguardare come non aventi nessuno effetto gli atti nel reciproco loro rapporto, che sieno o trascritti o iscritti, qualunque sia la loro data, posteriormente a quelli, che sieno anteriormente trascritti o iscritti, spiega, perchè abbiamo concesso un diritto di prelevazione, a favore degli utenti, sul prezzo dei loro diritti, che possa rimanere dopo la soddisfazione dei creditori anteriormente iscritti, rispetto ai creditori, che fossero iscritti posteriormente alla trascrizione dei rispettivi loro trasferimenti ed in mancanza, rispetto al debitore, o al terzo possessore. Credono alcuni, che venduto l'immobile come libero da ogni peso, il prezzo debbe essere distribuito secondo il grado delle rispettive iscri-

Digitized by Google

zioni, e l'avanzo, se ve ne sia, vuole essere attribuito ai creditori chirografari ed in mancanza, al debitore o terzo possessore. Gli utenti dei diritti svaniti per effetto della vendita avrebbero il solo diritto d'indennità contro il loro autore, e non potrebbero essere allogati che tra i creditori chirografari del medesimo.

Con questa opinione non si tien ragione del detto svanire dei diritti non assoluto ma relativo nel solo rapporto dei creditori iscritti anteriormente alla loro esistenza; essi conservano tutto il loro vigore giuridico rispetto ai creditori, che avessero acquistato i loro diritti di preferenza dopo la trascrizione dei loro atti di trasferimento. Se sono stati venduti congiuntamente col fondo, lo è stato perchè non era possibile di far diversamente: il prezzo, che al medesimo si è sostituito, rappresenta l'intero. Sopra di esso, i creditori anteriormente iscritti debbono essere pagati secondo il grado della loro iscrizione, gli altri, che vengono dopo debbono essere pagati su quella parte del prezzo, che sostituisce quella parte dell'immobile, sopra la quale sono iscritti, detratto quell'altra, che si è surrogata al valore dell'uso dell'abitazione e della servitù, appartenente intera agli utenti di detti diritti. Non è questo un privilegio o una ipoteca senza iscrizione, che loro si attribuisce: invece è la parte del prezzo della loro proprietà venduta per l'indivisibilità, che aveano con l'intero immobile convertito in prezzo; se di questo si può ben discernere quale parte rappresenti l'immobile gravato, e quale i pesi, che lo gravano, deve attribuirsi quello dell'immobile gravato al proprietario di esso e l'altro dei pesi agli utenti di essi e per essi ai loro creditori se ne abbiano. Il prezzo dei pesi si è surrogato ai pesi: una surroga reale operata sul prezzo è succeduta nel luogo della cosa.

La surroga reale, la quale è quì naturale, è stata estesa per equità a casi analoghi. Così nel caso di devoluzione del fondo enfiteutico le ipoteche acquistate contro l'enfiteuta si risolvono sul prezzo dovuto pei miglioramenti; e nel caso di affrancazione le ipoteche acquistate contro il concedente si risolvono sul prezzo dovuto per l'affrancazione (art. 1567). Le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita e deterioramento son vincolate al pagamento dei crediti privilegiati ed ipotecari secondo

Digitized by Google

il loro grado, e sono loro del pari vincolate le somme dovute per causa di espropriazione forzata per pubblica utilità o di servitù imposta dalla legge (art. 1951). Il valore dei miglioramenti dovuti al terzo possessore son *separati* dal prezzo, per attribuirsi al medesimo a preferenza dei creditori iscritti (art. 2020). In tutti questi casi la prelevazione del prezzo avviene per surroga del prezzo alla cosa; sicchè lo prende il proprietario della cosa come il rappresentante della cosa sua, non quale creditore.

E per effetto di questa surroga reale l'esercente dell'uso dell'abitazione e della servitù prende il prezzo del suo diritto, non quale creditore, ma quale proprietario del prezzo, che non può appartenere nè al debitore, nè al terzo possessore, autori della concessione del diritto.

28. Si è nel numero ventuno fatto osservare, che le servitù e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo possessore prima dell'evizione risorgono a suo favore. Ma ciò deve essere limitato al caso che questi diritti fossero trascritti prima che i creditori avessero iscritti i loro crediti. Che se vi fossero creditori anteriormente iscritti, costoro possono farli considerare come già definitivamente estinti nel loro rapporto, valendo per essi le stesse regole, che abbiamo esposte nell'interesse degli utenti estranei al terzo possessore, poichè è cosa giuridicamente indifferente la riunione nella stessa persona di terzo possessore e di avente diritto all'uso, all'abitazione, alla servitù ed all'ipoteca.

29. La evizione fa nascere nel terzo possessore il diritto alla garentia.

L'art. 2022 è scritto così:

« Il terzo possessore, che ha pagato i crediti iscritti, rilasciato l'immobile, o sofferta l'espropriazione, ha ragione d'indennità verso il suo autore.

Ha pure azione in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti, ma contro quelli solamente, che sono a lui posteriori di data nella trascrizione del loro atto di acquisto, e può far eseguire la relativa annotazione in conformità dell'art. 1994. »

Questo articolo non può essere ben compreso senza mettersi in relazione cogli articoli 878, 1033, 1077, 1253 n. 2 e 3, 2011 e 2087 relativi alla surroga legale ed ipotecaria, sulla quale

Digitized by Google

abbiamo scritto una monografia (1). Non faremo qui che riassumere le conclusioni ragionate. Leggesi nella relazione premessa al progetto dell'art. 2022:

« Analogamente alla surrogazione concessa al creditore prevalente nell'ipoteca anteriore, che si estende ad altri beni, fu altresì stabilito nel progetto che il terzo possessore, il quale abbia pagato i crediti iscritti, rilasciato l'immobile, o sostenuta la spropriazione, avrà azione in via di subingresso contro i terzi possessori di altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti, ma contro quelli solamente, che sono a lui posteriori di data nella trascrizione del loro atto di acquisto.

Non poteva dubitarsi del subingresso, quando il creditore avesse pagato i crediti iscritti; il dubbio nacque soltanto pel caso, in cui abbia rilasciato l'immobile o sofferta la spropriazione.

Già fu osservato, che il sistema della trascrizione ha una perfetta analogia con quello delle ipoteche; *nell'uno e nell'altro la data della trascrizione o della iscrizione determina la prevalenza dei diritti.* Se il terzo possessore, invece di esser tale, avesse acquistato soltanto un diritto d'ipoteca sull'immobile rilasciato e spropriato, egli in ragione del danno, che sosterrebbe per l'esercizio di un'ipoteca anteriore, che si estende ad altri beni, avrebbe diritto alla surrogazione dell'ipoteca medesima, per prevalere su detti beni ai creditori, che hanno un'iscrizione posteriore alla sua. Non sembra essere plausibile motivo per sottoporlo ad un trattamento diverso, quando col rilascio o colla spropriazione egli viene a soffrire un danno eguale, se non più grave ancora, quale terzo possessore. Anche quì esiste il pericolo della collusione tra il creditore ipotecario e gli altri terzi possessori, onde far ricadere l'effetto dell'azione ipotecaria a danno di quel terzo possessore, il quale avrebbe per sè la prevalenza del diritto, che si fonda sulla trascrizione anteriore del suo acquisto ».

Le ragioni esposte nella suddetta relazione sono il fondamento essenziale della nostra illustrazione.

Il terzo possessore, che è stato evitto, comprendendo in

(1) Diritto dei terzi, vol. 2.

Digitized by Google

questa frase per brevità di linguaggio colui, che ha pagato i crediti iscritti o ha rilasciato l'immobile o sofferta la spropriazione, ha ragione d'indennità contro il suo autore, contro colui cioè del quale è avente causa. L'azione meramente personale, che concede questa prima parte dell'articolo, deve essere governata dai principii delle evizioni e di quelli propri a ciascuna specie di avente causa. Così gli articoli 878 e 1033 regolano la garantia dovuta al legatario evitto, l'art. 1077 al donatario, l'art. 1482 al compratore.

Ma, oltre l'azione personale di garantia contro il proprio autore, il terzo possessore ha diritto alla surroga legale dell'art. 1253, n. 2 e 3 ed alla ipotecaria dell'art. 2011, nei casi in essi espressi. Non solo il legatario (art. 1033) ma anche tutti gli altri terzi possessori a titolo gratuito od oneroso sono legalmente surrogati nelle ragioni ed ipoteche del creditore ipotecario soddisfatto col proprio danaro o col prezzo del fondo evitto, per ricuperare la indennità ad essa pagata (art. 1253).

L'anteriorità del subingresso nella ipoteca del creditore evincente concessa ai terzi possessori e creditori perdenti dagli articoli 1253, n. 3, 2011 e 2022 è determinata, nel loro reciproco rapporto, dall'anteriorità della rispettiva iscrizione o trascrizione dei loro titoli di acquisto e di credito.

Nella nostra monografia abbiam ritenuto che il legatario acquisti il diritto al subingresso dal dì della morte del suo autore, non dalla trascrizione del testamento, perchè la legge non ne impone la trascrizione. Ora ne dubitiamo, parendoci vera piuttosto l'opinione contraria. Nel titolo della trascrizione non si comprendono, tutti i casi nei quali occorre trascrivere per goderne gli effetti: altri ve ne sono sparsi nel Codice, nei quali si stabilisce che il diritto nasce o è tutelato dal dì della trascrizione, senza farsi alcuna distinzione. Così negli articoli 2020, 2040 e 2041, 2137 si richiede la trascrizione del titolo da chi vuole goderne i vantaggi. O bisogna ritenere che il legatario non possa godere i vantaggi in detti articoli specificati, o pure imporgli di eseguirne la condizione. Il niego di partecipare a quei vantaggi sarebbe ingiusto e non può essere giustificato da alcuna considerazione. Dispensare poi il legatario di compiere una condizione essenziale per l'acquisto del diritto è offendere il

Digitized by Google

diritto dei terzi. Sarebbe stata necessaria una disposizione espressa, che ne dispensasse il legatario, la quale non vi è. Nel titolo della trascrizione vi è disposizione speciale per coloro che debbono trascrivere, per godere esclusivamente dei vantaggi con i limiti ivi indicati rispetto agli altri, che non trascrivono e che avrebbero il dovere di trascrivere. Questo dovere di trascrizione per goderne quegli effetti non s'impone al legatario. Ma negli altri luoghi sparsi nel Codice il precetto della trascrizione è generale; nè se ne può esentare il legatario.

L'ipoteca e la proprietà piena e semipiena non differiscono che nella misura e nella proporzione. Entrambi sono diritti reali, e per aver valore, rispetto ai terzi, debbono essere pubblicati, l'uno mediante l'iscrizione, l'altro mediante la trascrizione.

La forma estrinseca della pubblicazione è stata variata, perchè a render pubblica l'ipoteca basta una semplice indicazione nei registri delle cose principali, mentre per il trasferimento con atto fra vivi di proprietà o di altri diritti reali diversi dalla ipoteca, è necessario che i terzi abbiano scienza dell'intero contratto; ma lo scopo della pubblicazione è identico. Se il valore rispettivo rispetto ai terzi si misura dalla iscrizione e dalla trascrizione, altra non può essere la misura dell'anteriorità del subingresso nei reciproci rapporti del creditore ipotecario e del terzo acquirente.

Deve esservi eguaglianza nel rispetto dei diritti reali quando sono acquistati e pubblicati; e debbono essere certi, senza alcuna distinzione, sin dal momento, che vengono legalmente costituiti. A tal maniera l'unità del diritto tende mirabilmente ad agevolare in eguale misura il credito fondiario ed il trasferimento dei diritti reali.

30. Illustriamo l'applicazione del principio con un esempio.

Sempronio ha dieci fondi del valore ciascuno di lire 50mila. Prende a mutuo da Primo lire 200mila, che ipoteca sopra tutti i dieci fondi.

Avendo bisogno di altro danaro, Sempronio vende a Secondo uno dei fondi ipotecati. Secondo, conscio dell'ipoteca, compra, liberamente pagandogli il prezzo di lire 50mila, ritenendo di esser sicuro del suo acquisto, perchè il credito di Primo, ipotecato sopra il fondo comprato, può soddisfarsi col prezzo degli

Digitized by Google

altri nove fondi ipotecati, rimasti in potere dell'alienante. Trascrive intanto il contratto di acquisto per impedire ogni iscrizione ed alienazione futura.

Lo stesso Sempronio prende a mutuo da Terzo lire 100mila, che ipoteca sopra gli stessi fondi già ipotecati a Primo, non calcolando, per la sua sicurezza, sull'immobile già venduto a Secondo, ritenendo che Primo, creditore anteriore, possa essere pagato sul valore dei nove fondi ed esservi un sopravvanzo più che sufficiente per soddisfarsi del suo credito.

Intanto Sempronio vende un altro fondo dei nove per lire 50mila a Quarto e già ipotecati a Primo e Terzo. Quarto fa, o deve fare il seguente calcolo: Primo e Terzo creditori già iscritti possono soddisfarsi sul valore dei fondi non alienati da Sempronio; sicchè non essendovi pericolo, che possa essere da costoro ragionevolmente molestato, paga liberamente il prezzo a Sempronio.

Così Sempronio ha esaurito lire 400mila. Dei dieci fondi gli rimane il valore di altri 100mila, che egli in parte aliena, prendendo a prestito lire 50mila da Quinto ipotecandoli sopra i fondi non alienati, e posteriormente alienando un terzo fondo a Sesto. Questi paga anche liberamente, perchè calcola che tenendo ragione del valore dei fondi già alienati e delle iscrizioni già prese, vi sia ancora nel patrimonio di Sempronio una somma disponibile di lire 50mila.

Primo che è il primo iscritto sopra i dieci fondi, ha facoltà di spropriarli tutti contemporaneamente, e può espropriarne alcuno a sua scelta. Non ha altro limite nella scelta, che, quello il quale provviene dall'art. 661 del Codice di procedura, cioè uno dei creditori posteriormente iscritti può fare precetto comprendendovi gli altri fondi. Il che avvenendo, Primo deve comprenderli tutti nella espropriazione.

Supponiamo che Primo da sè, per conseguire quanto gli è dovuto, fa vendere all'incanto i sette fondi rimasti in possesso di Sempronio, non credendo suo interesse molestare i terzi possessori dei tre fondi anche a lui ipotecati (1).

---

(1) Tutti i terzi possessori hanno trascritto i rispettivi titoli immediatamente, e tutti i creditori hanno iscritte le loro ipoteche.

Digitized by Google

Il prezzo di lire 350mila serve appena a pagare Primo (lire 200mila ed accessorii) e Terzo (lire 100mila ed interessi), rimanendo incapienti Quinto ultimo creditore iscritto. Costui, rimasto incapiente per effetto delle due ipoteche iscritte precedentemente sopra i fondi, anche a lui ipotecati, subentra per virtù dell' art. 2011 nelle ipoteche del primo e del secondo creditore iscritto soddisfatti col prezzo di lire 350mila dei fondi venduti, e ciò nel fine di essere preferito ai creditori posteriori alla sua obbligazione. Come surrogato nelle ipoteche di Primo e Terzo sopra i fondi alienati si rivolge contro i terzi possessori Secondo, Quarto e Sesto, perchè o pagassero o rilasciassero i fondi rispettivamente posseduti.

Risponde Secondo: Ho comprato l'immobile ed ho trascritto il contratto posteriormente alla iscrizione di Primo, che è stato già soddisfatto, ma anteriormente alla iscrizione di Terzo. Quinto può esercitare i diritti di Primo e di Terzo contro coloro, che hanno preso iscrizione posteriormente alla sua trascrizione, sia nel proprio nome sia qual surrogato di Primo e di Terzo, ma non può offendere il diritto acquistato anteriormente alla sua iscrizione.

Il possessore Quarto risponde allo stesso modo: Ho trascritto il mio contratto dopo le iscrizioni di Primo e di Terzo ma prima di quella di Quinto; per cui non può questi rivolgersi contro di me.

Risponde Quinto, esser vero aver egli iscritto posteriormente alla trascrizione di Secondo e di Quarto, ma esser questa una circostanza indifferente.

L'azione ipotecaria spinta contro i due primi terzi possessori dev'essere respinta, in applicazione della regola, *prior in tempore potior in jure*. Quinto, subentra, è vero, nella ipoteca di Primo e di Terzo ma col grado della propria iscrizione. Questa è posteriore alla trascrizione degli acquisti dei due terzi possessori, quindi non può essere efficace contro i medesimi.

L'azione poi spinta contro il possessore Sesto deve essere ammessa, perchè la iscrizione di Quinto è anteriore alla trascrizione del contratto di Sesto. Quinto è subentrato nella ipoteca di Primo e di Terzo sopra tutti i fondi ipotecati ancorchè fossero stati alienati dal debitore, ma col limite del grado della propria iscrizione, che, giusta l' ipotesi, è anteriore alla trascrizione del contratto di Sesto.

Digitized by Google

Supponiamo che Primo, invece di spropriare i sette fondi, tuttavia posseduti da Sempronio, promuova l' azione ipotecaria contro i tre terzi possessori: Secondo ha diritto di subingresso nelle ipoteche di Primo per esercitarle contro Terzo e Quinto. Quarto ha diritto di subingresso nelle ipoteche di Primo e Terzo per esercitarle contro Quinto e Sesto. Sesto sebbene abbia diritto di subingresso nelle ipoteche di Primo e Terzo per virtù dell'art. 1253 n. 3, pure non può esercitarle in danno di Quinto. Secondo, per gli articoli 1253 n. 3, 2011 e 2022 ha diritto di subingresso nella ipoteca di Primo, per esercitarle contro i posteriori terzi possessori Quarto e Sesto, che hanno trascritto posteriormente alla trascrizione del suo contratto.

Quarto non può profittare del subingresso nelle ipoteche di Primo e Terzo, perchè la trascrizione del suo contratto è posteriore a quelle di Primo e Terzo, ma ne profitta contro Quinto e Sesto, perchè Quinto ha iscritto, e Sesto ha trascritto dopo la iscrizione del suo contratto.

Insomma il principio *prior in tempore, potior in jure* si applica, senza eccezione, nel concorso tra creditori fra loro, fra terzi possessori fra loro, e fra terzi possessori e creditori, sia che la esecuzione dei beni ipotecati posseduti tuttavia dal debitore, o alienati, si faccia contemporaneamente, sia che si faccia successivamente, a ciò servendo abilmente il sistema della surroga.

Questo sistema accettato dal Codice italiano, non solo è più equo dell'altro che vuole la ripartizione delle ipoteche fra tutti i fondi ipotecati, ma è eziandio più conforme alla pubblica economia, permettendo al proprietario di disporre di tutto il valore della sua proprietà senza pericolo degli acquirenti o dei creditori, che non isbaglino i calcoli sul valore degli immobili.

31. Il Codice italiano seguendo il Codice francese ha renduto semplice l' esercizio dell' azione ipotecaria contro il terzo possessore, non ammettendo la necessità di un giudizio preliminare, che dovesse fare il creditore contro di lui. Si procede in forma esecutiva sul fondamento del precetto di pagamento fatto al debitore nel modo determinato dalla legge di procedura e del certificato del conservatore, che assicuri la iscrizione della ipoteca del credito, efficace contro di lui.

Digitized by Google

Secondo le leggi romane, il creditore doveva istituire contro il terzo possessore l'azione revindicatoria *pignoris* ed ottenerne il possesso, nel quale egli s' immetteva, per soddisfarsi con i frutti dell' immobile o per venderlo.

Il quale sistema, accettato nella sostanza dagli statuti e dalle costumanze dei diversi Stati, fu modificato nel suo esercizio in modo vario. Ultimo vestigio del medesimo è nel Codice francese il diritto del creditore di far rilasciare l'immobile dal terzo possessore, se non intende nè pagare, nè purgarlo dalle ipoteche, vendendolo a suo danno, se non proceda al rilascio.

Il creditore, che procede alla espropriazione in danno del suo debitore non ha più diritto di spogliarlo del possesso per immettersi nel medesimo e goderne i frutti e venderlo. Invece il debitore rimane in possesso durante il giudizio sol che ne diventa sequestratario giudiziario nel fine di impedirgli ogni alienazione e di conservare i frutti per distribuirsi insieme al prezzo dell' immobile. Solamente, gli è lecito di fare sostituire al debitore un sequestratario estraneo.

Lo stesso sistema avrebbe dovuto seguirsi nel caso dell'esercizio dell' azione ipotecaria contro il terzo possessore. Trascritta la intimazione di pagare la somma iscritta sull'immobile colla prevenzione che, non pagando fra i trenta giorni, si procederebbe alla subastazione del medesimo, nella qualità di terzo possessore egli ne sarebbe divenuto sequestratario, salvo ai creditori il diritto di farvi nominare un estraneo.

Il terzo possessore non può dirsi moralmente offeso da una espropriazione in suo danno, perchè è espresso negli atti, che si procede contro di lui, non perchè personalmente obbligato al debito, ma sol nella qualità di terzo possessore. Nè egli può dolersene, perchè volontariamente si è messo in tale condizione, che poteva evitare se avesse voluto. Oggi tutte le ipoteche, per essere efficaci debbono essere iscritte, e chiunque può averne cognizione sol che faccia, o faccia fare, un' ispezione nei registri del Conservatore, che è permessa a chiunque (articolo 2066). Ed ancorchè ciò non avesse fatto, o pure, avendo presa cognizione dei medesimi, gli fosse convenuto di far l'acquisto dell'immobile, ha il diritto per evitarne la vendita di liberarlo dalle ipoteche nel modo, che la legge stabilisce.

Digitized by Google

Questo sistema rende più celere il giudizio, diminuisce le spese necessarie per la procedura di rilascio, abolisce un istituto anomalo, che non si sa che cosa sia; cioè abbandono del possesso; conservazione della proprietà, del carico dei rischi e pericoli; diritto a ricuperare il possesso fino alla vendita; capacità di alienare in chi deve fare il rilascio, e debita autorizzazione per gl'incapaci. Gl' incidenti, che sorgono sono frequenti, di varia soluzione, lunghi e dispendiosi, che non profittano nè al creditore nè al debitore principale, e che talvolta servono a soddisfare il mal talento del terzo possessore, il quale, pentitosi dell'acquisto, intende ad usare tutte le arti per disfarsene, forse incitando anche qualche creditore ad iniziare il procedimento contro di lui.

Nel progetto della riforma ipotecaria presentato all'assemblea legislativa francese nel 1850, il diritto di rilascio era stato cancellato. Il Persil nella sua relazione ne espone le convincenti ragioni , che leggiamo anche in parte ripetute nella relazione della Commissione.

Nel sistema del Codice, diceva Vatismenil, l'acquirente può liberarsi da un acquisto, che gli pare oneroso o che non più gli conviene: può usare della facoltà di rilasciare l'immobile o farsi espropriare. Nell'uno come nell'altro caso, se il prezzo è minore di quello, che l'acquirente aveva contrattato l'obbligo di pagare, i creditori iscritti ne perdono la differenza.

Intanto questo acquirente era personalmente tenuto verso il suo autore di pagare il prezzo; perchè non sarebbe ancora tenuto verso i creditori ipotecari, che sono aventi causa del venditore? (1)

La Commissione proponeva non solo di sopprimere la facoltà di rilasciare, ma ancora di astringere il terzo possessore a pagare la differenza tra il prezzo del suo acquisto e quello sia di una rivendita volontaria sia della vendita, che avrebbe avuto luogo per espropriazione contro lui.

Martou deplora, che gli autori della legge belgica del 1851 non ne abbiano tenuta ragione (2). Lo stesso ripetiamo noi, non per la seconda, ma per la prima proposta.

---

(1) *Moniteur universel* del 26 aprile 1850.

(2) Martou vol. 3, n. 1253.

Digitized by Google

CAPO SETTIMO

Del modo di liberare gl' immobili dalle ipoteche

SOMMARIO

1. Origine della purgazione delle ipoteche: suo scopo; utilità che produce: a chi è concesso il diritto.
2. Se l'acquirente dell' usufrutto, della nuda proprietà, del dominio diretto e dell'utile abbia diritto a purgare.
3. L' acquirente di quota indivisa non può purgare prima della divisione.
4. L'acquirente per pubblica utilità non deve purgare, surrogandosi all'immobile il prezzo sul quale ricade l'ipoteca.
5. Non deve purgare neanche il compratore all' incanto per espropriazione forzata; il compratore all' asta per ogni altra specie deve purgare come ogni altro acquirente privato.
6. È valido il patto di non purgare.
7. Non si può purgare nei casi previsti dall'articolo 2023.
8. Se possa purgare il compratore sotto condizione sospensiva o risolutiva: quali sono gli effetti dell'avveramento della condizione risolutiva sul giudizio di purga.
9. Se il legatario deve trascrivere il testamento: se il coerede, tenuto per l'intero solo ipotecariamente, possa purgare.
10. Se si possa purgare rispetto ai creditori iscritti per separazione di patrimonio.
11. L'espressione *terzo possessore* non equivale ad *acquirente*.
12. Bisogna iscrivere a favore della massa dei creditori l'ipoteca legale derivante dall'atto di alienazione pel prezzo stipulato o dichiarato.
13. Termine, nel quale deve cominciarsi la procedura di purgazione.
14. S'inizia la procedura coll'ottenere il decreto del Presidente e coll'intimare un atto al precedente proprietario ed ai creditori scritti; cose, che debbe quest' atto contenere.
15. Chiarimenti sopra le cose principali, che l'atto deve contenere.
16. Della decadenza e della surrogazione.
17. L' acquirente, che inizia il giudizio di purga, deve essere capace di obbligarsi.
18. Dell'azione di nullità spettante ai creditori contro gli atti fatti dall' acquirente.
19. Diritto dei creditori di far vendere l' immobile ipotecato sotto de-

Digitized by Google

terminate condizioni. Non han diritto a far vendere l'immobile non ipotecato.

20. Condizioni, sotto le quali ha diritto ciascuno dei creditori di richiedere gl'incanti.

A) Come deve esser fatta la richiesta.

B) L'offerente deve obbligarsi di aumentare o far aumentare di un decimo il prezzo dichiarato o stipulato: quistioni diverse intorno alla determinazione del vero prezzo stipulato, o da dichiararsi ed esame delle medesime: se sono dovuti i frutti e se facciano parte del prezzo.

C) Offerta della cauzione in un quinto del prezzo aumentato: chiarimenti.

21. In quale termine deve esser fatta la richiesta.

22. Le nullità contro la richiesta dell'incanto debbono proporsi nello stesso giudizio cui dà luogo la richiesta.

23. Che cosa deve contenere la sentenza, che ammette la cauzione— Deve essere annotata in margine alla trascrizione del titolo: ragione dell'annotazione.

24. In quali casi la richiesta d'incanto è nulla di diritto.

25. Come si eseguono gl'incanti se debbono aver luogo.

26. Come deve procedere il giudizio di graduazione.

27. Se l'acquirente rimane tale o perchè non vi è stato incanto, o perchè egli n'è divenuto compratore, si libera dalle ipoteche col pagamento del prezzo.

28. Ed ha diritto di garentia contro l'autore: specificazione di casi.

29. Quali rimborsi si debbono all'acquirente, che non piglia parte alla gara o è vinto.

30. Il sopravvanzo del prezzo, pagati i creditori ipotecari, a chi spetta.

31. Se son dovute le deteriorazioni ed i miglioramenti.

32. Quali interessi son dovuti ai creditori.

33. Osservazioni generali.

1. Il prorietario di un immobile ipotecato per somme eccedenti il suo valor venale, se non ha modo come pagare i suoi creditori anche con il valore di altri suoi beni, difficilmente trova ad alienarlo. Imperocchè colui, cui conviene l'acquisto è nel certo pericolo, presto o tardi, se non vuole pagare le somme per le quali l'immobile è ipotecato, di dover rilasciarlo, o pure di doverselo vedere espropriare in suo nome. L'immobile si può dir fuori commercio, finchè i creditori non si decidano a farlo vendere in danno del loro debitore.

Una istituzione, ignota al diritto romano, ci è venuta da

Digitized by Google

Francia, mediante la quale si dà facoltà all'acquirente di un immobile ipotecato di poterlo liberare da ogni ipoteca mediante il pagamento di un prezzo, che egli crede *giusto*, ai creditori iscritti. E se non può conservare l'immobile, perchè alcuno dei creditori offre un prezzo maggiore di quello che a lui conviene, si ottiene l'intento che l'immobile ritorni in commercio trasferendosi a colui che ha i capitali necessarii a cavarne tutte le utilità. È una istituzione utile pel debitore, per l'acquirente e per il commercio fondiario. Ma è utile per i creditori? Di ciò si dubita.

Se i creditori con mora sono soddisfatti prima del tempo, talvolta contro loro volontà, ciò dipende dal sistema adottato dal Codice, che col giudizio di graduazione i crediti con mora diventano esigibili; e si fa luogo al riscatto dei censi e delle rendite perpetue (art. 2090); e non dall'istituto speciale della purgazione delle ipoteche. È però da riconoscere, che viene a restringersi la protezione ordinaria data ai creditori per la determinazione del giusto prezzo, come faremo notare in fine della presente illustrazione.

Il Codice italiano ha resa semplice la procedura; ha compilato gli articoli in modo da far venir meno quasi tutte le quistioni, che la locuzione del Codice francese ha suscitato nella scuola e nella giurisprudenza, ed ha cercato di tutelare questo triplice interesse, quello del debitore, dei creditori e del commercio fondiario.

Ogni acquirente può promuovere la procedura, conosciuta sotto la espressione: *Del modo di liberare gl'immobili dalle ipoteche*, cominciando con trascrivere il suo *titolo*. La trascrizione ferma il corso delle iscrizioni e delle trascrizioni (art. 1942, 2040); sicchè l'acquirente, dopo di averla praticata, è sicuro che niuno altro acquirente possa vincerlo, e che nessuno altro creditore del trasferente abbia diritto sul prezzo dell'immobile fuori di coloro, che trovansi iscritti sino al giorno della trascrizione.

2. L'articolo 2040 dice: *Ogni acquirente*, non esclude dunque *nessuno*, a titolo oneroso o gratuito che sia, tranne colui, che sia obbligato *personalmente* a pagare i creditori ipotecari. Questi deve pagare i creditori sopra tutti i suoi beni e non può loro offrire il prezzo dei soli immobili dei quali è acquirente,

Digitized by Google

come non può offrirlo e il debitor principale e il terzo possessore, personalmente obbligati al pagamento del debito.

Deve essere acquirente di *un immobile*. S'intende o pur no sotto nome d'*immobile* l'usufrutto di esso e la nuda proprietà, i diritti del concedente e dell'enfiteuta, beni tutti capaci d'ipoteca?

L'acquirente di un diritto di usufrutto, della nuda proprietà, di un dominio diretto ed utile, usando della facoltà di purgazione, offende il diritto dei creditori, i quali non sempre trovano nella vendita di frazioni separate quel prezzo, che loro potrebbe provvenire da quello della piena proprietà. Onde la facoltà di diritto di Caen (1) pensò doversi proibire la purgazione per gli smembramenti della proprietà, quante volte i creditori avessero acquistata ipoteca sulla proprietà intera, accogliendosi una disposizione così concepita: « Il diritto di purgare non esiste per gli atti portanti cessione d'usufrutto o di altri smembramenti di proprietà, nè per quelli, che comprendono una riserva di usufrutto o di godimento qualunque, che possano eccedere due anni ».

La scuola francese (2) risolve la quistione per la facoltà della purga, ma la scuola belgica fa una distinzione (3).

La scuola italiana è divisa.

Il Pochintesta, il Ricci e il Borsari (4) opinano che sia vietata assolutamente all'acquirente dell'usufrutto la facoltà di purgare— *Acquirente*, secondo il Pochintesta, non può designare altra persona fuori di colui, il quale ha acquistato la piena proprietà. La parola *immobile*, secondo il Ricci, non può esprimere che la piena proprietà, non i diritti sul medesimo; non può essere sinonima di cosa capace di ipoteca, perchè altrimenti vi si dovrebbero comprendere anche le rendite sopra lo Stato, tanto più che il Codice nei diversi articoli della sezione non

---

(1) Documenti relativi alle ipoteche pubblicati da MARTIN DU NORED t. 11, pag. 673.

(2) TROPLONG sotto l'art. 2181.

(3) MARTOU, sotto l'articolo 109, della legge ipotecaria belgica; LAURENT, Vol. 31, pag. 435.

(4) POCHINTESTA cap. 17 n. 467: BORSARI, lib. 2, tit. 3 § 962 e RICCI Vol. 10, n. 282.

Digitized by Google

qualifica l'acquirente che col nome di *nuovo proprietario*. La scuola francese e belgica, egli aggiunge, opinano per la facoltà della purga, perchè il loro codice estende esplicitamente la purga a tutti i contratti *traslativi di proprietà o diritti reali*: mentre il Codice italiano riformandone la locuzione, ha concesso la purga ai soli acquirenti d'immobili per impedire il danno, che a' creditori ipotecari deriverebbe dalla vendita separata dell'usufrutto e della nuda proprietà.

Altri (1) fanno una distinzione: negano all'acquirente dell'usufrutto posteriore all'ipoteca iscritta sulla piena proprietà, il diritto alla purga, e lo concedono a chi ha acquistato l'usufrutto prima che vi fosse iscrizione sulla piena proprietà, essendosi presa la iscrizione dell'usufrutto dopo di essersi operata la separazione dell'usufrutto dalla proprietà. Può essere grave il danno, essi dicono, che si può recare ai creditori iscritti sulla piena proprietà, colla vendita separata e successiva dell'usufrutto e della nuda proprietà, ed il debitore, e per esso il suo avente causa, non può col suo fatto recar pregiudizio al creditore iscritto, il quale per la indivisibilità dell'ipoteca ha diritto di far vendere tutto l'immobile, non una frazione di esso. È questa la distinzione che fa la scuola belgica.

Non tutti cotesti scrittori trattano del diritto alla purgazione dell'acquirente del dominio diretto o del dominio utile.

Il Ricci, che nega assolutamente il diritto di purgazione all'acquirente dell'usufrutto, lo riconosce nell'acquirente del dominio diretto o del dominio utile, quando la iscrizione è sull'uno o sull'altro dopo la loro separazione, perchè entrambi hanno il dominio dell'immobile.

La riforma di alcuni articoli e il cambiamento di locuzione, che si osserva nel Codice italiano, ha avuto per oggetto di rendere più chiare le disposizioni e più esatto il linguaggio, che manca assolutamente nel Codice francese.

Questo parla di *contratti che trasferiscono* la proprietà, d'*immobili o di diritti reali considerati come* immobili (art. 2121) *di titoli traslativi di dominio*; *di venditore e di compra-*

(1) Pacifici Mazzoni, trattato d'ipoteche, coordinato da Coen e Finachi, vol. 2 n. 112.

Digitized by Google

tore (art. 2182) *di nuovo padrone* (art. 2183, 2186, 2190) di compratore e donatario (art. 2184, 2189).

Il Codice italiano costantemente chiama *acquirente* colui cui è trasferito l'immobile, e per non escluderne alcuno vi fa precedere la parola *ogni*; quando deve metterlo in contrapposizione dell'alienante, lo dice *nuovo proprietario*. La parola *immobile* comprende la piena proprietà e ciascuna delle sue frazioni, prese separatamente, cioè l'usufrutto, la nuda proprietà, il dominio diretto ed utile, sole capaci d'ipoteca (art. 407, 408, 415). Onde si concede il diritto di purgare l'*immobile*, cioè la piena proprietà, la nuda proprietà, l'usufrutto, il dominio diretto e l'utile, come si concede l'azione ipotecaria contro il *terzo possessore dell'immobile ipotecato* (art. 2013, art. 2014) cioè della piena e della nuda proprietà dell'usufrutto, del dominio diretto ed utile; ed il contratto, che gli trasferisce l'immobile dicesi *contratto di acquisto* (art. 2015). Dire che taluno sia acquirente e proprietario di un immobile *ipotecato*, è lo stesso che dire acquirente o proprietario della piena proprietà dell'usufrutto, del dominio diretto ed utile; se sono escluse le altre frazioni dell'immobile cioè l'uso, l'abitazione e le servitù perchè non *capaci* d'ipoteca, e le rendite sopra lo Stato, perchè sono mobili e regolate dalle leggi relative al debito pubblico, le quali le rendono capaci di una sola ipoteca e ne regolano in modo speciale l'alienazione. Nè deve recar meraviglia se l'usufruttuario si appelli proprietario dell'usufrutto da un Codice, che chiama anche *proprietario* di un credito colui, cui si trasferisce il suo esercizio (art. 1538), usando la parola proprietà nel suo senso più largo (art. 436).

Secondo dunque la lettera del codice potendo purgare l'immobile ipotecato *ogni* acquirente, non se ne può escludere l'acquirente dell'usufrutto, della nuda proprietà, del dominio diretto ed utile.

Nè ciò si oppone allo spirito della legge.

Il proprietario di un immobile ipotecato può dividerlo in parti anche minime ed alienarle separatamente; può ritener l'usufrutto e concederlo a taluno e ad altri la proprietà; a taluno il dominio diretto, o ritenerlo, ad altri il dominio utile; nè con ciò s'intende offeso legalmente il diritto del creditore, non ostante che

Digitized by Google

sia questi, quando vuole esercitare la sua azione ipotecaria, costretto di rivolgersi contro ciascuno dei possessori delle frazioni dell'immobile, sul quale *indivisibilmente* è iscritta la sua ipoteca. Il creditore pel fatto del debitore riceve un danno dalla pluralità dei giudizi, che deve promuovere contro ciascuno dei terzi possessori (1). Ciò non pertanto le alienazioni son valide, egli deve patirle, fare i diversi giudizi; cavarne il prezzo, che può riceversi divisamente e successivamente soddisfarsi del suo credito in parti.

Suppongasi che il creditore abbia diritto all'azione ipotecaria contro l'acquirente o dell'usufrutto, o della nuda proprietà o del dominio diretto o del dominio utile e la promuova. Il terzo possessore ha per legge un triplice diritto, o pagarlo, o rilasciare la frazione dell'immobile posseduto, o purgarlo dalle ipoteche. Non può stare il primo ed il secondo diritto senza il terzo. Vi si oppongono gli articoli 2012 e 2041. Vi si oppone la ragione della legge, perchè col giudizio di purgazione si fa il vantaggio del debitore, quello dell'acquirente e quello del creditore iscritto, che evita un' espropriazione forzata. E se il creditore può forse ricevere un danno dalla purgazione, lo riceverebbe del pari dalla espropriazione, che, non ammessa la purgazione, sarebbe la conseguenza dell' esercizio dell' azione ipotecaria. Se il diritto di purgare, è concesso indistintamente all' acquirente, quando si è iniziata l' azione ipotecaria, non vi è ragione di negarglielo quando, senza provocazione, egli con spontanea volontà, si fa innanzi ad esercitare il diritto.

Se non che apportiamo a questa dottrina lo stesso limite, che abbiamo esposto nel numero quarto del titolo relativo all'azione ipotecaria, accettando così la opinione del Pacifici Mazzoni del Laurent e del Martou. Se i creditori sono iscritti sulla piena proprietà anteriormente alla trascrizione dell'alienazione in frazioni, la quale loro produca danno qualora fossero distintamente vendute, possono opporsi al giudizio di purgazione nella stessa guisa, per la quale han diritto di far vendere coll'azione ipotecaria la piena proprietà senza tener ragione dei posteriori smembramenti. Ma questo è un diritto individuale de' creditori iscritti

(1) Consulta n. 4 del capitolo precedente.

Digitized by Google

sulla piena proprietà, del quale non possono profittare i creditori posteriori alle trascrizioni delle alienazioni. Il modo di conciliare i diversi interessi è stato esposto nei numeri quattro e ventiquattro del titolo relativo all'azione ipotecaria.

3. Il creditore iscritto sopra una quota indivisa di eredità, o di comunione può impedire la purgazione della medesima finchè non siasi operata la divisione, come può impedirsi dal terzo possessore l'esercizio dell'azione ipotecaria.

L'articolo 679 dispone che l'ipoteca si deve limitare a quella porzione, che verrà a spettare al partecipante nella divisione: porzione, che può neanche spettare al partecipante, se egli l'ha avuta precedentemente o il cui valore dal coerede o condomino, deve per legge esser prelevato su ciò che rimane (art. 991, 992, 684). Perciò l'art. 2077 stabilisce, che la subastazione non può esser fatta per la parte indivisa di un immobile ad istanza di chi non è creditore di tutti i comproprietarii prima della divisione.

Il creditore iscritto sulla quota indivisa non può domandarne la vendita prima della divisione, e l'acquirente di esso neanche può purgarla dalla sua ipoteca, perchè non è possibile la vendita all'incanto, che deve aver luogo se un creditore non accetta il prezzo stipulato o dichiarato. Il che è confermato dal numero secondo dell'art. 2043, il quale vuole nell'intimazione da farsi ai creditori iscritti la specificazione della qualità e situazione dei beni col numero del catasto o altra loro designazione come risulta dallo stesso titolo.

4. La legge di espropriazione per pubblica utilità del dì 25 giugno 1865 stabilisce, che la proprietà dei beni soggetti ad espropriazione per pubblica utilità passa nell'espropriante dalla data del decreto del prefetto,che pronunzia l'espropriazione. Questo decreto deve essere trascritto (art. 50, 53). Le azioni di revindicazione, di usufrutto, *d'ipoteca*, di diretto dominio e tutte le *altre azioni* esperibili sui fondi soggetti ad espropriazione non possono interrompere il corso di essa, nè impedirne gli effetti. Pronunziata l'espropriazione, tutti *i diritti anzidetti* si possono far valere non più sul fondo espropriato, ma sulla indennità, che lo rappresenta. Discende da ciò che l'acquirente per pubblica utilità non deve procedere alla purgazione delle ipoteche. L'immobile, pronunziata che sia l'espropriazione dal prefetto, diventa fran-

Digitized by Google

co e libero da ogni ipoteca non solo, ma da ogni altro diritto reale di qualunque natura; che si convertono tutti in diritti sul prezzo.

Avviene una surroga reale; *pretium succedit loco rei.*

5. Estinguendosi le ipoteche col pagamento dell'intero prezzo nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione (art. 2029, n. 4), ne deriva che nei casi, nei quali deve per legge aver luogo l'anzidetto giudizio di graduazione dei creditori per la distribuzione del prezzo dovuto dall'acquirente dell'immobile, non si deve fare un novello giudizio di purgazione per liberare l'immobile da ipoteche già estinte.

E ciò interviene in due casi: quando l'immobile è stato espropriato in danno del debitore, o terzo possessore; o pure è stato venduto all'asta volontariamente ad istanza dell'erede beneficiato o del curatore dell'eredità giacente (art. 877, 898 cod. proc. civ.) Essendosi in questi due casi stabilito il prezzo colla vendita all'asta, uditi tutti i creditori, sul prezzo surrogato all'immobile dovuto dall'acquirente si apre il giudizio di graduazione, mediante il quale rimane libero l'immobile da ogni ipoteca, qualora si paghi il prezzo nel tempo e nel modo stabilito dall'autorità giudiziaria e dalla legge.

Fuori di questi due casi, l'acquirente all'incanto deve procedere alla purgazione, se vuol liberare l'immobile dalle ipoteche.

Tale sarebbe il caso dell'acquirente all'asta dell'immobile del minore, del minore emancipato, dell'interdetto e del fallito (art. 825, 833, 834 Cod. di proc. civ. 329 Cod. civ. e 800 Cod. di com.). In queste procedure non si citano i creditori, sicchè il prezzo, sebbene fosse aumentato nel calore dell'asta, non è stabilito col loro intervento, nè può distribuirsi in un giudizio di graduazione.

Tali vendite sono riguardate come ogni altra vendita volontaria d'immobile.

6. Fra le condizioni di cosiffatte vendite suole specificarsi il modo del pagamento del prezzo, se in seguito di un giudizio di purga, o pure in altra guisa, e vietandosi anche in modo virtuale od espresso il giudizio di purga. E ciò suole pattuirsi anche nei contratti di vendita fatti fuori giudizio. Il che per lo più avviene, o quando il prezzo è sufficiente a pagare tutti i creditori iscritti, o sono stati soddisfatti e le iscrizioni non cancellate per

Digitized by Google

le spese occorrenti o la difficoltà dei consensi, ovvero perchè gli alienanti si propongono di pagare in altra maniera i creditori, che non potessero essere pagati col prezzo stipulato.

Questi patti sono fra i contraenti efficaci e debbono essere osservati. Non pertanto il Laurent ne dubita, perchè il diritto di purgare è d'interesse pubblico, al quale non si può derogare con patti privati. Per noi non è dubbio il contrario. Il diritto di purgare è stato introdotto nel vantaggio del debitore e dell'acquirente, ed anche nel fine di far promuovere le alienazioni ritornandone al commercio i fondi e migliorarne la coltura; ma il patto di non purgare apposto ad un acquisto lo ha agevolato, ed ha restituito l'immobile al commercio: senza quel patto esso non sarebbesi venduto: i contraenti sono i più competenti a giudicare il loro interesse rispettivo, ed è anche pubblico interesse che sia promosso l'interesse privato.

Può avvenire non pertanto che qualche creditore iscritto istituisca l'azione ipotecaria contro il terzo possessore. Nel quale caso la scuola è d'accordo, che l'acquirente terzo possessore, non ostante il patto, possa promuovere la procedura di purgazione. E noi accettiamo questa opinione, però con un limite, quando cioè l'acquirente non possa altrimenti, senza sua colpa, liberare il fondo da tutte le ipoteche iscritte. Si presume che l'acquirente abbia stipulato il patto di non purgare, fondando sull'obbligo che ha l'alienante di non farlo molestare con azione ipotecaria (articolo 1510). Che se un creditore iscritto promuova la vendita dell'immobile ed egli non può evitarla senza rilasciarlo o pagare senza che vi si fosse obbligato, non può vietarglisi di evitare il disastro colla procedura di purgazione (1).

7. Il Codice italiano nell'articolo 2023 ha concesso ai creditori iscritti di potere obbligare l'acquirente, debitore in dipendenza del suo acquisto di una somma esigibile, la quale basti al soddisfacimento di tutti i creditori iscritti, ad eseguire il pagamento, purchè il titolo di acquisto sia stato trascritto. E se anche il debito non sia attualmente esigibile, o sia minore, o diverso da quello dovuto ai creditori, costoro, di comune accordo, possono richiedere che venga loro pagato sino alla rispettiva

(1) Martou, n. 1383; vol. 4, Laurent, n. 430.

Digitized by Google

concorrenza ciò, che, egli deve nei modi e nei termini della sua obbligazione.

Nell'uno e nell'altro caso, non si può evitare il pagamento coll' offrire il rilascio: ma eseguito il pagamento, l' immobile s'intende liberato da ogni ipoteca, non esclusa quella spettante al venditore; ed il terzo possessore ha diritto di ottenere la cancellazione delle rispettive iscrizioni.

Se l'acquirente è obbligato a pagare tanto nell'uno che nell'altro caso senza poter offrire il rilascio, egli non può evitare il pagamento col promuovere la procedura di purgazione. Egli ottiene col pagamento, senza alcun giudizio, quello, che dovrebbe ottenere con la procedura di purgazione, cioè la liberazione dell'immobile da ogni ipoteca e il diritto di ottenere la cancellazione delle relative iscrizioni.

8. L'acquirente sotto condizione sospensiva non può purgare. Egli non è proprietario dell'immobile; può solo divenirlo, se si verifica la condizione. Dovrebbe cominciare ad offrire attualmente il prezzo di un immobile, che potrà dovere quando sarà divenuto proprietario; i creditori dovrebbero dimandare l'incanto in danno di chi non è proprietario, e l' offerente all' asta non acquisterebbe la proprietà, ma la possibilità di poterla acquistare nel caso, che si verificasse la condizione.

Ma si può purgare l'immobile quando l'acquisto è sotto condizione risolutiva, perchè l'acquirente è il proprietario attuale, sebbene rivocabile. Quale sarà l'effetto della verificata condizione?

Vi sono condizioni risolutive, le quali, verificatesi, non recano pregiudizio al diritto dei terzi (art. 1933, n. 3). In tal caso l' acquirente che è un terzo non può essere molestato, come non può essere molestato colui, che gli è stato sostituito negl'incanti e i creditori soddisfatti; in somma il giudizio di purga rimane nel suo pieno vigore.

Se poi la condizione è fra quelle, le quali, verificandosi, rimettono le cose nel pristino stato anche rispetto ai terzi, l'acquirente, o chi invece è divenuto compratore all'asta, debbono restituire il fondo, nella stessa guisa che lo dovrebbero restituire gli acquirenti privati e quelli all'incanto seguito anche nell'espropriazione forzata;poichè le alienazioni,e in giudizio e fuori giudizio, se possono purgarsi dalle ipoteche nei modi determinati dalla leg-

Digitized by Google

ge, non possono sciogliersi in alcuna guisa delle azioni revindicatorie e risolutorie, che l'equivalgono. Il proscioglimento avviene in un solo caso, quando si aliena per pubblica utilità; imperocchè, per una surrogazione reale, tutti i diritti di qualunque natura si esercitano per ministero di legge sul prezzo dell'immobile.

Grave quistione si agita nella scuola francese intorno agli effetti dell'azione risolutiva derivante dall'esercizio del patto di riscatto, che essa arreca come esempio, per rendere più chiara la intelligenza della quistione degli effetti dell'esercizio di un'azione risolutiva promossa dal debitore alienante.

La giurisprudenza decide che la purga fatta eseguire dall'acquirente ha un effetto definitivo, che ha spento la facoltà di riscatto.

La scuola considera per contrario che il venditore, a cui favore è stipulato il patto di riscatto, è proprietario sotto condizione, e si reputa, esercitando il riscatto, di essere diventato proprietario sin dal momento, che il patto è stato stipulato. Da ciò fa discendere che le ipoteche costituite in tale intervallo dal venditore diventano efficaci (art. 1976). Coll'esercizio del riscatto si annullano tutti i diritti dell'acquirente (art. 1528), e si annullano tutti gli atti fatti da lui (1) e contro di lui.

Distinguiamo i diversi rapporti, che nascono dagli atti, che passano tra l'alienante, l'acquirente ed i creditori.

Se in un contratto di compra si scrive il patto di riscatto, i creditori iscritti han diritto di non riconoscerlo nella stessa guisa, che han diritto di non riconoscere lo stabilimento di un uso, di un'abitazione, di una servitù. Sono questi dei vincoli, che menomano il valore del fondo, nulli rispetto ai creditori iscritti, il cui diritto non può essere offeso dal debitore. Son vincoli della proprietà, incapaci d'ipoteca, che non possono essere separatamente venduti; per cui debbono essere considerati come inesistenti rispetto ai creditori ipotecari iscritti anteriormente alla loro concessione. Se dunque i creditori dichiarano di non riconoscerlo, esso deve aversi come inesistente. Possono, riconoscendolo, richiedere che sia dato valore al patto di riscatto, ed accrescerlo a quello stipulato per la vendita.

Supposto che i creditori riconoscano il patto, ed il vendi-

---

(1) Martou, n. 1383, vol 4, Laurent, n. 127.

Digitized by Google

tore lo eserciti, la vendita si risolve, il compratore primitivo, l'acquirente all'asta deve restituirgli l'immobile, ma esente da tutte le ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto, delle quali è stato purgato in un giudizio avuto luogo in presenza del venditore e del compratore. Queste ipoteche si riferiscono a debiti del venditore, che sono stati, estinti e le iscrizioni cancellate col suo consenso, ossia del venditore. Onde i creditori di lui, i quali sono stati soddisfatti, non possono essere molestati per la restituzione del danaro, perchè ricevettero quello, che era loro dovuto col consenso del venditore e dell'acquirente.

Le ipoteche però consentite dal venditore dopo la trascrizione del contratto di alienazione sull'immobile alienato, se esercita il riscatto, diventano efficaci contro di lui, perchè si reputa di essere stato suo l'immobile fin dal momento, che il patto fu stipulato, e sono efficaci rispetto alle posteriori ipoteche che potrà imporre.

Può nascere dubbio intorno alla condizione dei creditori iscritti anteriori alla trascrizione, non utilmente collocati e perciò dichiarati decaduti nel giudizio di graduazione, che compie la purgazione. Potrebbe dirsi che siano definitivamente estinte le ipoteche, perchè il giudizio si è celebrato colla presenza e col consenso del venditore e del compratore e dei creditori, per cui deve avere tutto il suo effetto, e che la decadenza da ogni ipoteca sul fondo riscattato è definitiva (1) per effetto del giudicato. Ma si può rispondere, che la risoluzione del contratto ha messo nel nulla anche il giudicato, da doversi avere come non pronunziato. Noi opiniamo per la validità del giudicato, perchè è stato reso in presenza di tutte le parti interessate, compreso colui, a cui favore si è verificata la condizione a titolo particolare.

9. Il legatario è un acquirente; ha dunque diritto alla procedura di purgazione.

Deve o pur no trascrivere il testamento?

Sebbene i soli atti tra vivi che trasferiscono la proprietà sieno soggetti alla trascrizione, non pertanto quel legatario, che vuole liberare l'immobile dalle ipoteche, deve cominciare a trascrivere il suo titolo, che è il testamento; gli articoli 2040, 2041,

---

(1) Ricci n. 281.

Digitized by Google

e 2043 vogliono, senza eccezione, la trascrizione del titolo d'acquisto, la quale d'altronde è una necessità giuridica, perchè essa sola arresta il corso delle iscrizioni (1).

Il codice di Modena, uniforme al Codice italiano intorno alla trascrizione degli atti tra vivi traslativi di proprietà o di altri atti tra vivi impone al legatario di trascrivere la particola dell'atto di ultima volontà. Il Codice italiano non ha creduto necessario di farne una disposizione espressa.

Si è disputato e si disputa tuttavia se il coerede, possessore dell'immobile ereditario ipotecato al debito per divisione fra i suoi coeredi, possa valersi della procedura di purgazione, quando abbia pagato la sua quota del debito ereditario, quistione questa trattata in diverse parti dei nostri lavori (2).

Abbiamo opinato di no; nè abbiam ragioni da mutare avviso.

Il coerede non è un acquirente, che possa trascrivere il suo titolo di acquisto per arrestare il corso delle iscrizioni dei creditori ereditari. La divisione fra i coeredi dichiara il diritto, non gli trasferisce la proprietà; inutilmente dunque trascriverebbe il titolo di divisione. Egli ha acquistato l'immobile per successione, direttamente dal defunto, del quale è rappresentante qual erede, non quale acquirente a titolo particolare, e non ha alcun titolo a poter trascrivere, specialmente se la successione è intestata. I creditori ereditari, che abbiano ipoteca costituita durante la vita del suo autore, possono iscriverla in qualunque tempo in danno dell'erede sul fondo ipotecato (art. 1996), e qualunque trascrizione di titolo egli facesse o della divisione o del testamento, non arresterebbe il corso delle iscrizioni dei creditori ereditari forniti d'ipoteca in vita dell'autore.

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi vol. 2, pag. 141, 142. Contro Ricci, n. 285 vol. 10. Possono iscriversi contro il legatario le ipoteche non iscritte durante la vita del testatore. Si argomenta pel sì dagli articoli 878, e 1996, e dall'articolo 1033 che permette d'iscrivere il diritto di separazione Pacifici-Mazzoni, 1, 173, Pochintesta, 11, 254 in nota; Luzzati degli effetti della trascrizione. Contro Ricci, vol. X, n. 206. Consulta: Capo terzo n. 13.

(2) Mirabelli, Diritto dei terzi, vol. 2, pag. 144. n. 7.

Digitized by Google

I creditori, dal giudizio di purga, se fosse concesso all'erede possessore non obbligato personalmente al debito, non avrebbero alcun danno, perchè il prezzo intero del fondo ipotecato deve essere loro offerto. Si dovrebbe in tal caso per armonia di principii concedere ai creditori non l'azione di espropriazione diretta contro l'erede, ma l'azione ipotecaria contro di esso, come se fosse un terzo possessore; dovrebbesi ritenere come un acquirente a titolo particolare del fondo ipotecato, ritenersi l'assegno fatto dai coeredi come titolo traslativo di proprietà, che trascritto che fosse, arrestasse il corso delle iscrizioni delle ipoteche dei creditori ereditari.

Ciò la legge non ha fatto. E perciò persistiamo nella nostra opinione, tanto più che l'interesse di opporsi è dei soli creditori, e se essi credono di non avere danno dalla purga tentata, possono non opporsi e fare che si compia.

10. Si può purgare l'immobile alienato dall'erede vincolato dal diritto della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede?

Ci pare di sì. Il vincolo derivante dalla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede produce gli effetti della ipoteca, sebbene non sia così denominata, ed è regolato da tutte le disposizioni relative alle ipoteche (art. 2065). Se produce l'azione ipotecaria contro il terzo possessore, ne deriva che questi possa evitarne gli effetti col giudizio di purgazione. Non vi sarebbe alcuna ragione da negarglielo. Se nonchè il diritto alla separazione si può iscrivere fra tre mesi dalla morte (art. 2060), in modo che i diritti dei creditori non possono essere pregiudicati dalle trascrizioni di alienazioni, che faccia l'erede nei tre mesi. Onde l'acquirente dall'erede non può utilmente trascrivere che decorsi i tre mesi dalla morte, o pure, trascrivendo prima, deve estrarre il certificato delle iscrizioni sino al giorno seguente ai tre mesi dalla morte, affinchè possa intimare gli atti a tutti i creditori iscritti per separazione (1).

11. Dobbiamo da ultimo ricordare che non bisogna confondere l'acquirente col terzo possessore. L'acquirente è sempre terzo possessore: non viceversa. Si può possedere legittimamente,

---

(1) Ricci, vol. X, n. 300. Contro Pochintesta, vol. 2, n. 526.

Digitized by Google

anche a titolo di proprietà, un immobile senza averlo acquistato da un vero o da un falso proprietario, come per esempio per prescrizione di trent'anni, nel quale caso non si è avente causa da alcuno. Onde l'azione ipotecaria è data contro ogni terzo possessore: il diritto di purgare ad ogni acquirente.

È perciò che chiunque ipoteca un suo immobile per garantia ad un creditore altrui senza, obbligar la sua persona, non può purgare perchè, egli non è un acquirente. Questa sola ragione basta per non ammettere l'opinione di coloro, i quali opinano di doversi ammettere il giudizio di purga (1).

12. Oltre la trascrizione del titolo, l'acquirente non è ammesso ad istituire il giudizio di purgazione, se prima non ha fatto iscrivere in favore della massa dei creditori del venditore l'ipoteca legale per garentia del pagamento del prezzo di vendita, o del valore dichiarato (art. 2042).

È uopo chiarire lo scopo di questa iscrizione.

La legge concede ipoteca legale ad ogni alienante per lo adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione (art. 1969, n. 1). E l'articolo 1985 dispone che il Conservatore delle ipoteche, nel trascrivere un atto di alienazione, deve iscrivere d'uffizio, e sotto pena dei danni, siffatta ipoteca legale—Tale iscrizione non deve aver luogo, se viene presentato un atto pubblico od una scrittura privata autenticata da notaio od accettata giudizialmente, da cui risulti che gli obblighi sieno stati adempiti.

L'articolo nostro, che che sia avvenuto della iscrizione in occasione della trascrizione dell'atto di alienazione, vuole che l'acquirente faccia iscrivere in favore della massa dei creditori dell'alienante l'ipoteca legale spettante all'alienante medesimo pel pagamento non solo del prezzo stipulato, ma anche del valore dichiarato nell'atto di alienazione ai creditori (art. 2043, n. 3), sebbene non competa all'alienante alcun diritto sul medesimo, come per esempio se fosse un donante o un testatore. L'ipoteca legale a favore della massa dei creditori è un estensione a pro della medesima per fissare inalterabilmente i diritti dei creditori ipotecari già iscritti secondo il grado della loro iscrizione (art. 2012); per cui costoro sono dispensati da quel

---

(1) Laurent n. 124.

Digitized by Google

momento di rinnovare la iscrizione delle ipoteche rispettive (articolo 2003).

La iscrizione dunque richiesta dall'articolo 2042 ha uno scopo speciale. Essa non è richiesta, perchè la massa dei creditori ipotecari prenda quel grado rispetto ai creditori dell'acquirente, che da essa deriva, perchè costoro, avendo potuto iscrivere le loro ipoteche prima della trascrizione dell'atto di alienazione e prima della iscrizione legale a favore della massa dei creditori, avrebbero un grado precedente (art. 2007). Il grado dei creditori dell'alienante è quello proveniente dalla data delle rispettive iscrizioni, anteriori alla trascrizione, perchè essi vincono tutti i creditori dell'acquirente e questo grado diventa inalterabile fra i creditori al momento della iscrizione dell'ipoteca legale a favore della massa dei creditori. In tal guisa si è felicemente composta la quistione sino a qual momento dovessero i creditori ipotecari rinnovare le loro iscrizioni; ed inoltre la iscrizione legale può arrecare utilità ai creditori chirografari dell'alienante rispetto ai creditori dell'acquirente posteriori alla detta iscrizione.

13. L'acquirente non ha un termine designato per istituire il giudizio di purgazione, eccetto che non sia provocato dalla istituzione dell'azione ipotecaria mediante la notificazione del precetto fattogli colla intimazione di pagare o rilasciare lo immobile, giusta l'articolo 2014. Nel quale caso, deve trascrivere l'atto di alienazione, se non l'ha ancora trascritto, tra venti giorni, e nel termine di giorni quaranta far la intimazione ai creditori, della quale quindi a poco discorreremo. I venti ed i quaranta giorni decorrono entrambi dal dì della intimazione di pagare o rilasciare e sono improrogabili, imperocchè non si deve soffermare per lungo tempo il procedimento esecutivo cominciato dal creditore ipotecario (articoli 2041 e 2047).

La Corte di cassazione di Napoli con sentenza del 21 gennaio 1884 ha ritenuto che il termine di 40 giorni stabilito dall'articolo 2041 rimane sospeso per le opposizioni proposte dal debitore e dal terzo possessore contro il precetto loro notificato, perchè le medesime intimate nei giorni 30 dalla notificazione del precetto lo sospendono nell'interesse del debitore e del terzo possessore. Vi è nesso e dipendenza giuridica tra le due disposizioni (2041 e 660 Cod. di proc. civ.).

Digitized by Google

La ragion di dubitare nasce dall'articolo 2015, nel quale è stabilito che le eccezioni proposte dal terzo possessore contro la sentenza di condanna non sospendono il corso dei termini fissati per la purgazione. Di esso la Corte non tien conto. Pare che questa disposizione di rigore non debba estendersi oltre al caso preveduto.

14. L'acquirente, che vuole procedere al giudizio di purgazione, deve presentare al Presidente del tribunale competente per la spropriazione un *ricorso* accompagnato:

1. dal titolo del suo acquisto col certificato della trascrizione di esso;

2. dal certificato delle ipoteche iscritte *utilmente* sopra i beni acquistati: ossia sino al giorno, inclusivamente, della trascrizione del titolo.

3. dal certificato dell'ipoteca legale iscritta a favore della massa dei creditori (art. 727 Cod. di proc. civ.)

Il Presidente con decreto dichiara aperto il giudizio di graduazione, e nominando il giudice delegato, per il medesimo, stabilisce un termine non minore di giorni quindici e non maggiore di trenta; entro il quale debbono farsi le notificazioni e le inserzioni richieste dagli articoli 2043 e 2044 del Codice civile; ordina ai creditori di depositare nella cancelleria le loro dimande motivate e i documenti giustificativi nel termine di giorni quaranta dalla notificazione (articolo 728 Cod. di proc. civ.).

In somma il Presidente emette quegli stessi provvedimenti, che sono pronunziati dal tribunale nella sentenza, che autorizza la vendita dell'immobile soggetto alla spropriazione (art. 666, n. 4, Cod. di proc. civ.).

Nel termine stabilito dal decreto si deve per mezzo di usciere notificare un atto al precedente proprietario ed ai creditori iscritti, il quale oltre la trascrizione del decreto deve contenere la data e la natura del titolo, la data della trascrizione, la data e il numero d'ordine dell'iscrizione a favore della massa dei creditori, la qualità e situazione dei beni col numero del catasto o altra loro designazione, come risultano dello stesso titolo; il prezzo stipulato, o il valore, che si deve dichiarare, se si tratta di fondi avuti a titolo lucrativo, o il cui prezzo non è stato determinato, ed uno stato in tre colonne di tutte le iscrizioni sopra i detti

Digitized by Google

beni, prese contro i precedenti proprietari *anteriormente* alla trascrizione. Nella prima colonna sarà indicata la data delle iscrizioni, nella seconda il nome e cognome dei creditori, nella terza l'importare dei crediti iscritti.

L'acquirente nello stesso atto deve eleggere il domicilio nel comune dove siede il tribunale competente, nominare il procuratore (art. 728 Cod. di proc. civ.) ed *offrire di pagare il prezzo o il valore dichiarato* (art. 2044.)

L'intimazione deve farsi ai creditori in persona propria o nel domicilio eletto nella iscrizione, e qualora non vi fosse elezione di domicilio, può farsi nell'uffizio delle ipoteche presso cui fu presa l'iscrizione giusta l'articolo 1999.

L'estratto sommario della notificazione deve essere inserito nel giornale degli annunzi giudiziari, ed il certificato dell'usciere comprovante le notificazioni e l'esemplare del giornale contenente l'inserzione, sono nel termine di giorni cinque dall'ultima notificazione o inserzione, consegnati dall'acquirente al Cancelliere per unirsi agli altri documenti indicati nell'art. 727 Cod. di proc. civ.

15. Essendo scritti gli articoli con chiarezza, e le disposizioni, che contengono, avendo in sè aperta la ragione, che le rende necessarie od opportune ad ottenere lo scopo cui tendono, ci limitiamo a dare pochi chiarimenti.

La intimazione deve essere fatta *ai creditori iscritti contro i precedenti proprietari anteriormente alla trascrizione*, queste sono le espressioni dell'articolo 2043. Qui vengono due quistioni: debbono essere intimati tutti i creditori iscritti contro i precedenti proprietari, ancorchè fossero costoro antichi e numerosi? Debbono trascriversi tutte le alienazioni o pure solamente l'ultima?

La prima quistione non può offrire difficoltà, essendo risoluta dalla lettera della legge. Avendo l'articolo disposto che la notificazione debba farsi ai *creditori iscritti* con indicazione di tutte le iscrizioni prese *contro i precedenti proprietari*, non si può far differenza tra i creditori iscritti contro l'immediato autore dell'acquirente e quelli iscritti sopra i mediati autori ancorchè antichi e numerosi. Ed a ciò concorre la ragion della legge, perchè volendosi purgare il fondo dalle ipoteche di tutti i credi-

Digitized by Google

tori antichi e recenti, risultanti dagli stati d'iscrizione, bisogna intimarli tutti, perchè ciascuno di essi possa provvedere ai propri interessi. Come l'acquirente per essere sicuro dell'acquisto deve indagare la genesi della proprietà e i passaggi diversi della medesima, così deve prender cognizione di tutte le iscrizioni, che la gravano, per poterla liberare da tutte le ipoteche.

Grave ed assai controversa è la seconda quistione, della quale ci siano occupati largamente nel volume primo del Diritto dei terzi (1) venendo alla seguente conclusione: La trascrizione produce l'effetto di arrestare il corso delle iscrizioni.

La trascrizione dell'ultima alienazione arresta il corso delle iscrizioni a carico dell'ultimo alienante, non di quelle dei creditori di ciascuno dei precedenti alienanti, perchè a costoro l'ultima trascrizione è ignota secondo il sistema attuale delle trascrizioni, che si operano non per fondi ma per nomi e cognomi a danno dell'alienante. Onde per arrestare il corso delle iscrizioni a carico di ciascuno alienante bisogna fare la trascrizione di ciascuna alienazione.

Se ciò si omette, se l'acquirente si limita a trascrivere solamente il suo acquisto, corre il rischio che dopo aver pagato il prezzo credendo di aver purgato il fondo da ogni ipoteca, un creditore del proprietario, la cui alienazione non è stata trascritta, possa iscrivere la ipoteca non prescritta, e molestarlo con azione ipotecaria.

Importante è la notificazione del prezzo *stipulato*, il quale deve essere distinto per ciascuno immobile, che può essere assoggettato a particolari e separate iscrizioni, e niun creditore può essere costretto a rendersi offerente per immobili, che non sieno ipotecati pel suo credito. Onde l'articolo 2053 dispone, che se il titolo del nuovo proprietario comprende mobili ed immobili, ovvero più immobili, gli uni ipotecati e gli altri liberi, o non tutti gravati delle stesse iscrizioni, situati nella stessa o in diverse giurisdizioni di tribunali civili, alienati per un solo e medesimo prezzo, aggregati o non aggregati alla stessa tenuta, il prezzo di ciascuno immobile assoggettato a particolari e separate *iscri-*

---

(1) Mirabelli, del Diritto dei terzi, vol. 1.

Digitized by Google

zioni, ragguagliato sul prezzo totale espresso nel titolo, deve essere espresso nella notificazione.

Tace l'anzidetto articolo 2053 del caso, che nel titolo il prezzo sia indeterminato o che non ve ne sia del tutto essendo a titolo lucrativo. Ma supplisce la ragion della legge, dovendo il nuovo proprietario dichiarare il valore di ciascun immobile. Un immobile unico soggetto alle medesime iscrizioni può essere situato in diverse giurisdizioni. La ragion della legge permette, che unico sia il prezzo dichiarato.

Si parla di prezzo indeterminato anche nel caso, che il contratto non sia a titolo lucrativo: il che può avvenire per cause diverse; e fra l'altro, se vi sieno clausole le quali stabiliscono riserve a favore dell'alienante, o imposizioni di pesi soggetti all'iscrizione non inerenti all'immobile, o concessioni di diritti a vantaggio di terzi, per ragion delle quali il prezzo stipulato è l'equivalente del valore di una parte del fondo, non del fondo quale è nella sue interezza. La parte non estimata in somma determinata nel prezzo costituisce quel valore indeterminato, che deve essere valutato dall'acquirente e notificato ai creditori.

Ancora importante è la offerta del prezzo stipulato o dichiarato. Essa fatta che sia, costituisce per l'acquirente un vincolo di dritto, dal quale non si può sciogliere che nel solo caso che un altro offerente lo vinca negl'incanti. E ciò anche, prima che i creditori abbiano accettata l'offerta, o che la procedura siasi da lui abbandonata e da altri non proseguita, come vedremo.

16. La notificazione e la inserzione nel giornale può essere stata fatta fuori il termine stabilito dal decreto del Presidente, o non essersi punto fatta, o pure nullamente fatta.

Se si procede alla purgazione dopo il cominciamento dell'azione ipotecaria mediante la intimazione di pagare o rilasciare fatta all'acquirente, qualora il decreto del Presidente, la intimazione di esso ai creditori iscritti e la sua inserzione nel giornale non sieno state fatte dall'acquirente nei quaranta giorni dall'intimazione di pagare o rilasciare e nel termine fissato dal Presidente col suo decreto, si decade da ogni diritto di purgazione; sicchè il creditore istante può proseguire l'azione ipotecaria contro l'acquirente, rimasta sospesa dall'apertura del giudizio di purga (art. 729 Cod. di proc. civ.).

Digitized by Google

Se si agisce di spontanea volontà, e non si sieno osservati i termini, qualunque creditore iscritto può dimandare la surrogazione nella procedura, già divenuta comune a tutti i creditori, giusta gli articoli 575 e 735, ivi. Onde se si è ottenuto il solo decreto e niente altro abbia fatto l'acquirente, la surroga può esser dimandata.

17. Chi inizia un giudizio di purga assume l'obbligo di pagare un prezzo, obbligo irrevocabile, dal quale non può più recedere. Deve dunque essere capace di obbligarsi o pure, essendo incapace, farsi legalmente autorizzare. Si è fatta quistione per la donna maritata, la quale per determinati atti deve essere autorizzata dal marito (art. 13). Ma questo articolo non impone alla donna maritata di farsi autorizzare dal marito se vuole pagare con cautela ed assicurare la libertà di un immobile; le proibisce di contrarre da sola mutui, o cedere capitali. Essa può comprare senza l'autorizzazione del marito, purchè paghi il prezzo di acquisto.

Obbligarsi a pagare il *prezzo* di compra equivale *a cedere un capitale o contrarre un mutuo?* La giurisprudenza ha interpetrata largamente *l'incapacità* della donna.

18. L'azione di nullità di alcuno dei tre atti sopra indicati deve esser proposta nel termine di quaranta giorni dalla notificazione del decreto con citazione a comparire *fra dieci giorni* del proprietario precedente e del nuovo (art. 737 Cod. di proc. civ). La sentenza, che il tribunale pronunzia è soggetta all'appello, che si propone ai termini dell'articolo 703 del Codice di proc. civ. art. 738.

Quando la nullità sia ammessa, si deve riassumere il procedimento dall'ultimo atto valido, ed i termini per gli atti successivi decorrono dalla notificazione della sentenza pronunziata sulla nullità (art. 696 Cod. di proc. civ.) purchè però si sia tuttavia nel termine dei giorni quaranta stabiliti per chi procede in seguito dell'istituita azione ipotecaria essendosi in tal caso già verificata la decadenza.

Può avvenire, che l'acquirente rettifichi l'errore commesso, o ripetendo l'atto, o col rettificarne la parte nella quale è caduto l'errore, e ciò prima che siasi proposta l'eccezione ed anche dopo, prima però che sia pronunziata la sentenza, che la dichiari,

Digitized by Google

In quanto alla forma della rettificazione, pare a noi essere cosa indifferente che si ripeta l'atto, o che riferendosi al medesimo se ne corregga la parte erronea.

È da considerare poi in quanto al diritto di emendare l'atto, o di rinunziarvi rifacendolo da capo, che ciascuno può riconoscere il suo torto e non attendere che il magistrato lo dichiari, per darvi riparo da sè. Nel quale caso, dovendo il giudice pronunziare allo stato degli atti, deve dichiarare non esservi più materia sopra la quale deliberare. La difficoltà, che taluno muove sopra queste dottrine non possono essere fondate, che sopra un esagerato rigore di procedura, il quale nei giudizii odierni dove si *procede ex aequo et bono*, il cui inadempimento non offende la essenza, non può più sussistere.

Difficoltà si può incontrare nel riconoscere quale forma non adempita, o inesattamente adempita produca la nullità dell'atto, specialmente nel caso, che la nullità dell'atto trae seco la decadenza dal giudizio di purgazione per essere decorsi i termini perentori. Tanto il Codice civile che quello di procedura non pronunziano la nullità del decreto e dell'atto d'intimazione per inadempimento delle forme e del suo contenuto: si debbono dunque applicare le regole generali, cioè non bisogna pronunziar la nullità, se l'omissione o l'inesattezza della forma o del contenuto non facciano mancare all'atto gli elementi, che ne costituiscono l'essenza (art. 56 Cod. di proc. civ.).

Tale sarebbe, per modo di esempio, l'omissione di specificare nell'atto d'intimazione il prezzo stipulato, o pure non dichiarare il valore per ciascuno immobile, soggettato a particolari e separate iscrizioni.

La specificazione del prezzo è forma essenziale, perchè senza la cognizione di esso non può essere il creditore nella condizione di accettarlo o di rendersi offerente e manca *il vinculum juris*, che è una cosa essenziale.

Non si possono sopra ciò dare regole generali oltre il principio stabilito: occorre esaminare caso per caso, se l'omissione o l'erronea esecuzione di una forma costituisca violazione dell'essenza o pure sia l'effetto di controversie fra le parti, che l'autorità giudiziaria è chiamata a decidere, per dichiarare o la nullità

Digitized by Google

o la sua rettificazione; distinzione importantissima nel caso, che la nullità produca la decadenza dal giudizio di purgazione.

19. La intimazione fatta dall'acquirente ai creditori iscritti li pone in grado di conoscere se loro convenga o di accettare il prezzo stipulato o dichiarato, o pure di procurarne l'accrescimento mediante la vendita del fondo all'asta.

Sarebbe stato offendere un loro diritto ad un giusto prezzo il costringerli a contentarsi del prezzo fissato tra il loro debitore e l'acquirente o pure da questo dichiarato, Non è già che i creditori debbono far un atto di accettazione. L'acquirente col suo atto unilaterale di offerta si obbliga irrevocabilmente a dover pagare il prezzo o stipulato o dichiarato, se i creditori non parlino nel termine di quaranta giorni dal dì dell'offerta. L'articolo 2045 concede sotto *determinate* condizioni a qualunque dei creditori iscritti e dei relativi fidejussori di far vendere i beni all'incanto.

Può il creditore estendere il suo diritto a far vendere i beni a lui non ipotecati? Ciò è controverso. Dicono alcuni, che l'articolo 2045 dia il diritto a *qualunque dei creditori iscritti di far vendere i beni all'incanto* senza alcuna limitazione, e che l'articolo 2053 disponga nella seconda parte che il creditore maggiore offerente non possa *essere costretto ad estendere la sua offerta nè ai mobili, nè ad altri immobili fuori di quelli ipotecati pel suo credito.* Possono adunque per argomento *a contrario sensu* far vendere tutti i beni, dei quali si domanda la purgazione. Ma altri rispondono che la lettera della legge debba essere intesa secondo la ragione, che l'informa. Chi non è iscritto sopra uno o più immobili è rispetto ad essi creditore chirografario, che non ha alcuno interesse a far aumentare il prezzo stipulato o dichiarato, per cui non gli può essere concesso alcun diritto a farli vendere, facendo così annullare un patto legalmente formato. Altra ragione in questo caso non può indurre il creditore a domandar la vendita fuori di quella di voler essere compratore, tostochè non ha interesse a far aumentare il prezzo, che non spetta a lui.

L'articolo 2045 concede il diritto al creditore iscritto, e non può dirsi creditore iscritto sopra uno o più immobili se non colui, che effettivamente vi abbia la iscrizione. L'argomento *a contra-*

Digitized by Google

rio sensu non vale quando vi si oppone la ragione della legge. L'articolo 2053 ha voluto dire che l'acquirente non possa far questo discorso al creditore: *o domandate la vendita di tutti i beni, o lasciatemi tutto; non potete scindere il mio contratto.* Rigettando questo argomento dell'acquirente, la legge non ha voluto dare al creditore il diritto di far vendere quei beni, rispetto ai quali è creditore chirografario, come a qualunque altro creditore ipotecario.

Noi accettiamo questa seconda opinione con un limite. Può accadere, che un creditore iscritto sopra un immobile abbia interesse a far aumentare il prezzo di altro immobile nel fine di essere soddisfatto del suo credito iscritto. Un tale è creditore iscritto di lire 10mila sopra un immobile, preceduto da altro creditore anteriormente iscritto sopra parecchi immobili per un credito, col quale si assorbe tutto o parte del prezzo dell'immobile ipotecato al secondo creditore. Se il valore degli altri immobili ipotecati al solo primo creditore fosse aumentato, costui si pagherebbe del tutto sopra i medesimi ed egli troverebbe per lui libero il prezzo del fondo a lui ipotecato.

Se il primo creditore prendesse egli questo prezzo, il secondo creditore sarebbe surrogato giusta l'articolo 2011 nella ipoteca più estesa del primo nel fine di essere soddisfatto sopra que' fondi, ai quali la sua offerta tende a dare il giusto valore. Il secondo creditore, sebbene non è iscritto sopra i beni dei quali domanda la vendita, lo diventa di diritto, come surrogato nella ipoteca del primo creditore iscritto sopra i medesimi. L'annotazione materiale al margine di questa ipoteca più estesa non è condizione necessaria per la perfezione della surroga ipotecaria la quale si opera di diritto.

20. Le condizioni sotto le quali, è concesso a qualunque dei creditori iscritti di domandar la vendita all'incanto, sono le seguenti:

A). La richiesta deve essere notificata per mezzo di usciere al nuovo proprietario del domicilio eletto ed al proprietario precedente con citazione a comparire all'udienza del tribunale nel termine non minore di *dieci giorni* nè maggiori di *quindici* e con l'offerta di comunicazione dei documenti provanti l'idoneità della cauzione della quale di quì a poco discorreremo, (art. 730

Digitized by Google

Cod. di proc. civ.), perchè venga pronunziato sull'ammessibilità della cauzione e sulla richiesta dell'incanto.

Il nuovo ed il precedente proprietario sono i principali interessati, tendendo la richiesta a rendere inutile il contratto fra essi intervenuto. Potrebbero averci anche interesse altri creditori iscritti, dei quali ciascuno può far la richiesta per proprio conto, ma non si è voluta la loro citazione per evitare un giudizio dispendioso, reputandosi sufficiente all'uopo l'annunzio giudiziario prescritto con l'art. 2044.

B). Deve contenere obbligazione del richiedente di aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato.

Si tratta di sciogliere un contratto legalmente formato, che non deve essere scosso da subaste, se non si fosse certi che arrecassero un qualche vantaggio ai creditori. L'articolo 31 della legge di 11 brumaio anno VII obbligava il creditore a far aumentare di un ventesimo il prezzo stipulato o dichiarato. Il Codice Napoleone ha elevato l'aumento ad un decimo. La legge belgica è ritornata all'aumento del ventesimo, non volendo aggravar troppo la condizione del richiedente, l'altezza della somma rendendo meno facili le richieste. Il Codice italiano ha seguito il Codice francese, per non far risolvere contratti legittimi per lievi valori.

Non sempre son facili le quistioni che sorgono intorno alla determinazione di questo decimo. Imperocchè non sempre il prezzo stipulato è il vero; si dissimula o per diminuire la tassa fiscale, o per fare il beneficio dell'alienante, o per fare il vantaggio dell'acquirente. Ed inoltre lo acquirente non sempre è esatto nella indicazione ai creditori del prezzo stipulato.

Allorchè il prezzo è dichiarato dall'acquirente o perchè l'atto è a titolo lucrativo, o perchè il prezzo stipulato è indeterminato, i creditori, se lo credono minore del giusto prezzo, possono evitare ogni danno, domandando l'incanto. Se non che, sol perchè l'acquirente ha istituito il giudizio di purgazione, i creditori non perdono il diritto di domandare la nullità dell'atto di alienazione per simulazione; è ciò perchè la legge concede il diritto di purgazione all'acquirente vero, non al debitore, che si colorisce sotto il nome di un acquirente per usar di questo diritto in frode della legge. Possono anche istituire l'azione rivo-

Digitized by Google

catoria, perchè l'atto di alienazione è stato fatto in frode dei propri diritti, giusta l'articolo 1235.

Ma siccome occorre la dimostrazione di voler frodare e del *pregiudizio dei creditori*, non è facile ai creditori ipotecari di fare prova somigliante: imperocchè rescisso il contratto, non guadagnerebbero altro che il diritto di spropriare in danno del loro debitore quello stesso fondo, che potrebbero con minore spesa e tempo far vendere in danno dell'acquirente, se pur non fosse dimostrato essere stato fine dei contraenti di far valere come giusto prezzo quello stipulato, fondando sulla impossibilità dei creditori iscritti di offrir cauzione, avuto riguardo alla loro condizione economica.

Ed alla mancanza del pregiudizio si riunirebbe il niun pro del debitore di ricorrere ad una frode.

Le stesse due azioni di simulazione e di rivocazione per frode competono ai creditori iscritti contro le alienazioni a titolo oneroso; di nullità se il contratto è simulato; di rivocazione se il prezzo apparente sia al di sotto del reale, ma ancor più difficile è il dimostrare che l'apparenza del minor prezzo sia stata determinata dalla intenzione di far frode ai creditori iscritti e non già abbia avuto altra cagione estranea. Che se i creditori non possono in tal caso essere ammessi alla rivocazione, ottenendo lo stesso intento colla richiesta degli incanti, possono però domandare, che si chiarisse quale fosse il prezzo vero che i contraenti avessero occultato, affinchè sul medesimo si misurasse il decimo, che il richiedente gl'incanti deve offrire di aumento.

Può l'acquirente avere errato nell'indicare ai creditori il prezzo, che si fosse stipulato, sia specificando un prezzo minore sia uno maggiore. Se ha indicato un prezzo minore, l'errore si rettifica, ed egli deve sempre il prezzo vero, ed il decimo su questo prezzo deve misurarsi.

Se il prezzo indicato è maggior di quello stipulato, e non vi sono state richieste d'incanti, egli deve il maggior prezzo notificato, perchè si presume che sul fondamento della verità di esso non si sono fatte offerte.

Se l'errore è scoperto nel termine stabilito per richiedere gl'incanti, il decimo si misura sul prezzo vero. Ma se il termi-

Digitized by Google

ne è già scorso, potrebbonsi richiedere gl'incanti in un nuovo termine che decorresse dalla scoverta dell'errore? Ciò è controverso.

Dicono alcuni che il decimo congiunto al prezzo vero potrebbe essere maggiore del prezzo erroneamente indicato; per cui non se ne può escludere il diritto alla richiesta.

Altri per contrario credono che il maggior prezzo indicato o è minimo e non ha potuto essere causa del non essersi fatta la richiesta; o pure è molto superiore al vero, ed i creditori dovrebbero ringraziare l'acquirente, non rimproverarlo.

Pare che la quistione sia di puro fatto, potendo l'autorità giudiziaria ammettere o rifiutare la richiesta secondo che l'errore cadente sul prezzo vero abbia potuto essere causa determinante di non essersi fatta offerta.

Da ultimo il prezzo stipulato deve comprendere tutto ciò, che l'acquirente si è obbligato a pagare, sotto qualunque forma, sia in contante, sia assumendo carichi, i quali non sieno inerenti e che per conservarsi non debbono essere iscritti, come sarebbero il tributo fondiario ed i canoni enfiteutici. Onde è da comprendersi nel terzo il capitale delle rendite fondiarie, le quali secondo il Codice italiano sono considerate come crediti, soggetti ad iscrizione.

Il Codice francese nell'articolo 2183 n. 1, dice, che il compratore deve notificare il prezzo ed i pesi, che fanno parte del prezzo della vendita. Il Codice italiano ha mutata l'espressione non per cangiarne il significato, ma per serbare maggiore correttezza; imperocchè, se oltre il prezzo effettivamente stipulato, fossero state imposte condizioni e pesi, e concessi vantaggi come per esempio il diritto di riscatto, l'uso, l'abitazione, o una servitù a favore del venditore o di terzi, senza stabilire per essi un prezzo, il compratore deve estimarli e dichiararne il prezzo, perchè non è stato *determinato*.

Onde ha modificato la locuzione dell'articolo, dicendo che l'acquirente deve notificare *il prezzo stipulato o deve* dichiarare il *valore.... se il prezzo non fu determinato*.

È grave quistione nella scuola francese se l'acquirente debba i frutti e da qual giorno. L'articolo 2021 ha risoluto la quistione, disponendo che debba i frutti dal giorno della trascrizione del

Digitized by Google

precetto, o in mancanza dal giorno della notificazione fatta in conformità degli articoli 2043 e 2044.

Il valore dei frutti non è da comprendersi nel prezzo, sul quale deve misurarsi il decimo, perchè non sono parte del prezzo del fondo ma prodotti del medesimo. L'opinione contraria di Troplong non è stata da niuno ammessa, chè l'acquirente non potrebbe dichiararne il valore, tostochè dovendo cominciare a dovere i frutti dal momento della intimazione, non può essere costretto a divinare il futuro.

L'originale e le copie della richiesta debbono essere sottoscritti dal richiedente o dal suo procuratore munito di mandato speciale. Egli assume un obbligo, che deve essere confermato dalla sua sottoscrizione. E se egli non sappia firmare, deve sostituirsi un atto notarile.

C). Il richiedente deve offrir cauzione per una somma eguale al quinto dell'intero prezzo aumentato del decimo.

È un provvedimento contro l'esercizio temerario, che un qualunque creditore iscritto, il quale non spera di essere utilmente collocato ed insolvibile può fare del suo diritto a far vendere l'immobile con danno di tutti gl'interessati.

Il Codice francese, che impone l'obbligo della cauzione fino alla concorrenza del prezzo e dei pesi, va tropp'oltre, e il Codice italiano lo ha corretto.

Chiunque vuol offrire all'incanto nella procedura dell'espropriazione forzata oltre di dover depositare in danaro l'importare approssimativo delle spese dell'incanto, della vendita e relativa trascrizione nella somma stabilita nel bando, deve aver depositato anche in danaro o in rendita sul debito pubblico dello Stato al portatore il decimo, del prezzo d'incanto (art. 672 Cod. di proc. civ.) per riparare ai danni che produce una rivendita occasionata dall'inadempimento delle condizioni della vendita. La possibile perdita che la mala fede o l'imprudenza del creditore richiedente può cagionare consistente nelle spese dell'incanto, nel ritardo della distribuzione del prezzo, nel non pagamento dell'aumento, è stato qui dal Codice italiano valutato al quinto. Se il creditore richiedente non resta aggiudicatario, egli è discaricato da ogni obbligazione (art. 2049). Se rimane aggiudicatario e paga il prezzo e le spese, la cauzione resta inutile;

Digitized by Google

se egli non paga il prezzo, si procede alla rivendita in danno, nella quale il prezzo può essere minore di quello da lui aumentato. La cauzione allora, servendo di garantia per la differenza fra i due prezzi e per le spese determinato nel quinto, può essere sufficiente.

21. La richiesta deve essere fatta nel termine improrogabile di quaranta giorni dal dì della notificazione ed inserzione nel giornale dell'atto istituente il giudizio di purgazione, giusta l'art. 2043 ed essa è nulla se si omette alcuna delle quattro condizioni anzidette. E questo rigore è stato necessitato dagl'interessi dell'antico e del nuovo proprietario e da quello di tutti i creditori iscritti. L'antico proprietario ha interesse che sia rispettato il contratto anche per la garentia, che deve al nuovo proprietario, del quale s'intende l'interesse, ed i creditori non debbono veder ritardato la distribuzione, del cui ammontare son forse contenti.

Nello stesso termine di quaranta giorni i creditori debbono far la richiesta e domandar la nullità dell'intimazione (art. 2045, 729, e 737 Cod. di proc. civ.). La domanda di nullità sospende il termine della richiesta, da dover incominciare dal dì, nel quale passa in giudicato la sentenza, che pronunzia sulla nullità? A noi pare di no. Unico è il termine stabilito dalla legge, e l'art. 2047 dichiara non poter essere *mai* prorogato. Il *mai* è significativo. Non vale il dire che la richiesta del nuovo incanto possa importare riconoscimento della validità dell'atto di notificazione; poichè essendo necessità di legge far l'uno e l'altro atto nello stesso termine, la richiesta si ritiene subordinata al caso che l'atto non sia dichiarato nullo. Delle due l'una: o l'atto d'intimazione è dichiarato nullo, ed allora la mancanza di richiesta è giustificata dal non essere cominciato il termine entro il quale avrebbe dovuto esser fatta, o è dichiarato valido, ed allora si è decaduti dal termine, entro il quale avrebbesi potuto e dovuto far la richiesta e non si è fatta.

22. Nel giudizio, cui dà luogo la richiesta dell'incanto, si debbono proporre tutte le nullità, che si riferiscono, e l'appello contro la sentenza che provvede sulle medesime deve essere intimato a norma dell'articolo 703 (art. 738 Cod. di proc. civ.).

Facciamo notare, che il creditore richiedente deve essere capace di obbligarsi, sicchè gl'interessati han diritto di dedurre

Digitized by Google

questa eccezione, la quale non può produrre la nullità dell' atto (art. 1107), ma l'ordine dell'autorità giudiziaria perchè sia integrata la sua capacità. Gl'interessati, non possono essere costretti a contrarre un negozio giuridico o fare un giudizio senza che l'altro contraente o litigante sia capace di contrattare e di stare in giudizio.

23. La cauzione secondo gli articoli 1921 e 1922 può consistere o nell'offrire un fidejussore o nel concedere un'ipoteca, o nel deposito di una somma, od in altra cautela sufficiente ad assicurarne il pagamento. Nel caso, che il tribunale l'ammette, deve disporre che sia data secondo le forme stabilite dal Codice di procedura negli articoli 329 e seguenti, e se la cauzione è data con ipoteca, il Cancelliere ne curerà fra cinque giorni l'iscrizione sotto pena di una multa estendibile a lire mille ed al risarcimento dei danni (art. 731), e deve ordinare colla stessa sentenza l'incanto, rinviando le parti davanti il Presidente, perchè sia stabilita l'udienza entro un termine non minore di giorni quaranta e non maggiore di novanta dalla data della relativa ordinanza; ed ordina al Cancelliere di formare il bando (art. 732).

La sentenza per cura dell' istante deve essere annotata in margine della trascrizione del titolo di acquisto.

Quale è la ragione di quest'annotazione?

Altra non potrebbe esser che quella di avvertire i terzi che l'acquisto è contestato, mettendoli così in sull'avviso della sua possibile revocabilità.

24. Se il richiedente non comparisce all' udienza stabilita nell' atto di citazione, o la cauzione non sia ammessa, o non siasi assunta la relativa obbligazione nel termine di giorni dieci dalla notificazione della sentenza che ordina l'incanto e nel modo dall'articolo 731 indicato, la richiesta d'incanto è nulla di dritto e l' acquirente rimane proprietario irrevocabile (art. 734 Cod. di proc. civ.).

25. Dovendo aver luogo gl'incanti, si eseguono tutte le forme stabilite nel titolo della espropriazione forzata, tranne le poche notificazioni stabilite dall'articolo 733 del Codice di proc.

Se il richiedente dopo l'atto di obbligazione trascuri di proseguire il giudizio, qualunque creditore iscritto ed anche il nuovo proprietario può domandare di essergli surrogato, e la surroga-

Digitized by Google

zione ha luogo a spese e rischio del richiedente, rimanendo ferma la cauzione già data. E ciò anche quando volesse pagare l'importo dell'offerto aumento, eccetto che alla desistenza del creditore annuissero tutti gli altri creditori.

Se non sia fatta un'offerta maggiore, il richiedente è dichiarato compratore per il prezzo da lui offerto, sebbene avesse avuto luogo la surrogazione (art. 735 e 736 Cod. di proc. civ.).

26. Il giudizio di graduazione comincia e si prosegue secondo che la legge dispone per la espropriazione forzata.

Se non che nel caso, che non siavi stato incanto, le produzioni fatte dall'acquirente e dai creditori iscritti continuano a restare depositate nella cancelleria per essere esaminate dagl'interessati durante giorni quindici da quello, in cui il valore degli immobili sia rimasto definitivamente stabilito a norma dell'articolo 2046; decorso detto termine il Cancelliere deve nei cinque giorni successivi consegnare al giudice delegato per la graduazione tutte le carte relative alla medesima (art. 739 e 740 Cod. di proc. civ.).

Ci rimane a conoscere degli effetti del giudizio di purgazione.

27. Se l'incanto non è richiesto nel modo e nel termine stabilito, il valore dell'immobile dovuto dal nuovo proprietario è quello stipulato nel contratto o dichiarato o diffinitivamente rettificato.

Il fondo rimane purgato da tutte le ipoteche iscritte, e le iscrizioni saranno cancellate nel modo e nel tempo determinato nel giudizio di graduazione, salvo una sola modificazione; che l'acquirente può liberarsi mediante deposito del prezzo nelle pubbliche casse anche prima del giudizio di graduazione, (art. 2046), il che non è permesso agli acquirenti all'incanto in espropriazione forzata che nei due casi indicati negli articoli 723 e 724 del Cod. di proc. civ.

Durante il giudizio di purgazione l'acquirente continua ad essere proprietario dell'immobile, finchè non gli si sostituisca un altro aggiudicatario: sicchè il rischio della cosa acquistata è a suo carico.

Se diviene egli stesso compratore, è liberato dalle ipoteche nello stesso modo, che è stabilito pel caso, che non vi fosse stato incanto. Non si considera di aver fatto un nuovo acquisto, ma

Digitized by Google

di essersi consolidato il precedente. Onde non è tenuto a far trascrivere la sentenza di vendita (art. 2050), il che sarebbe anche cosa inutile.

28. Quando l'acquirente è divenuto compratore all'incanto, ha regresso contro il venditore pel rimborso di ciò, che eccede il prezzo stipulato del suo contratto e per gl' interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascun pagamento, (art. 2052).

Questo diritto di regresso non esclude l' altro, che gli può derivare dall'avere pagato in tutto o in parte il prezzo dell'acquisto al venditore o ad altri per delegazione di lui prima che avesse promosso il giudizio di purgazione e che avesse di nuovo dovuto pagarle ai creditori. Sono però a suo carico le spese occorrenti per il decreto del Presidente, dell'atto d'intimazione ed inserzione nel giornale, le quali, come spese di vendita, van comprese fra quelle, che sono a carico del compratore. Tutte le altre spese per l'incanto e per la graduazione sono prelevate dal prezzo.

Tace la legge intorno alle relazioni tra l'acquirente a titolo gratuito e il suo autore, che possono derivare dal giudizio di purgazione, le quali perciò debbono essere regolate secondo che la legge stessa dispone intorno alla garantia che il donatario, ed il legatario possono esercitare contro il donante e gli eredi del testatore. Queste regole, per le donazioni sono espresse nell'articolo 1077, e, per i legati nell'articolo 1033, coordinandole cogli articoli 1253 e 2022.

29. Se l'acquirente non piglia parte alla gara degl' incanti, o è vinto, deve essere rimborsato dal compratore delle spese del suo contratto, della trascrizione, dell' iscrizione voluta dall'articolo 2042, dei certificati del conservatore, della notificazione e della inserzione.

Sono a carico dello stesso compratore le spese fatte per ottenere l'incanto, oltre il pagamento del prezzo dell'acquisto e di ogni relativa spesa.

L' acquirente dovrebbe essere rifatto delle spese a titolo di danni ed interessi dal suo autore per l'evizione patita. Ciò non pertanto, perchè l' autore è spesso non solvente, equamente si dispone che debba essere rimborsato dal compratore potendo questo nell'offerire il prezzo tener ragione anche di quello, che è obbligato di pagare al precedente proprietario.

Digitized by Google

Tace la legge intorno alla indennità, che potrebbe essere dovuta all'acquirente, oltre quello, che gli è dovuto dal compratore.

Ma pare a noi che esso abbia contro del suo autore quello stesso diritto, che è dovuto al terzo possessore nel caso, che o sia stato espropriato dell'immobile o lo abbia rilasciato. È indifferente che l'acquirente sia stato evitto dell'immobile coll'espropriazione o col rilascio in seguito dell' azione ipotecaria o per incanto promosso nel giudizio di purgazione. L'origine dell'evizione è la stessa, *la ipoteca iscritta;* la forma, per cui ha avuto luogo è varia, ma l'effetto è identico, *l'evizione.*

Nè si può prendere argomento dall'articolo 2049, che concedendo all'acquirente il diritto di essere rimborsato delle spese dal nuovo compratore abbia voluto negargli ogni altra indennità contro il suo autore. Imperocchè cotale disposizione è un maggior vantaggio, che si è inteso dare all' acquirente a titolo oneroso o gratuito, tra perchè, come abbiamo detto, l'autore è quasi sempre insolvibile, e perchè, non ogni acquirente, come sarebbe quello a titolo gratuito, avrebbe diritto al rimborso di dette spese verso il suo autore.

Con omettiamo d' avvertire, che l'acquirente, essendo debitore dei frutti a norma dell' articolo 2021, deve renderne conto ai creditori iscritti finchè non gli sia stato sostituito il nuovo compratore.

30. È grave quistione nella scuola e nella giurisprudenza francese se essendovi avanzo del prezzo risultante dagl'incanti, questo spetti ai creditori iscritti dell'acquirente ed in mancanza all' acquirente stesso, oppure all' alienante ed ai suoi creditori posteriori alla trascrizione.

Una parte della scuola e con essa la giurisprudenza, ragiona così: allorchè nell' incanto l' acquirente è stato vinto da altro compratore, l' alienazione a lui fatta è risoluta. L' acquirente evitto si reputa di non essere stato mai proprietario, è spogliato dei suoi diritti e delle sue obbligazioni, di guisa che la proprietà viene trasmessa al compratore all'incanto non dall'acquirente ma dal precedente proprietario. Da che si fa derivare la conseguenza, che l'avanzo del prezzo, se ve ne sia, pagati i creditori del precedente proprietario iscritti sino alla trascrizione

Digitized by Google

dell'atto traslativo di proprietà, spetti al precedente proprietario e non ai creditori iscritti dell'acquirente, od in mancanza a lui ed ai suoi creditori o ipotecari, o chirografari. L'acquirente evitto, per tutte le indennità, che gli deve il suo autore, deve concorrere con i creditori del medesimo, non avendo nè privilegio nè ipoteca.

Un'altra scuola ritiene, che l'acquirente è proprietario e possessore sino al momento, che agl'incanti eseguiti in suo danno sia proclamato il novello compratore, il quale è un suo avente causa. Il prezzo si sostituisce all'immobile, come accade nel giudizio di espropriazione forzata, ed il prezzo, soddisfatti i creditori dell'autore dell'acquirente, spetta a lui come equivalente dell'immobile venduto e per esso ai suoi creditori.

Accettiamo questa seconda opinione.

L'acquirente, terzo possessore, in cui danno si vende l'immobile sia sotto il proprio nome sia nel nome di un amministratore, conserva il diritto di proprietà al prezzo, nel quale è stato convertito l'immobile mediante la vendita; accade una surroga reale; il prezzo sostituito all'immobile è vincolato ai creditori come era questo; d'onde si è fatto derivare che soddisfatti i creditori ipotecari dell'autore anteriori alla trascrizione del titolo di acquisto, il sopravvanzo spetti al possessore spropriato e per esso ai suoi creditori ipotecari secondo il loro grado ed ai creditori chirografari (art. 2016, 2082). Rispetto al possessore spropriato e il suo autore, il regresso è governato da regole speciali (art. 2022).

Non vi è ragione, che consigli a seguire diversi principii nel caso, che la vendita all'incanto dell'immobile ipotecato accada in seguito dell'iniziativa presa dall'acquirente, col promuovere la procedura della liberazione dell'immobile dalle ipoteche. Egli, che non può liberarsi pagando tutti i creditori iscritti, nè vuol patire la espropriazione del fondo sia anche sotto l'anonimo di un amministratore, elegge di offrire un prezzo dell'immobile ai creditori, che egli crede giusto. I creditori i quali conservano, ciò non ostante, illeso il loro diritto ipotecario, possono con forme determinate richiedere la vendita dell'immobile all'incanto. E la richiesta e il modo di esecuzione della vendita e la graduazione seguono nella stessa guisa, che avviene per l'acquirente,

Digitized by Google

che ha creduto conveniente non di pigliar l'iniziativa della procedura di purgazione, ma di farsi espropriare.

Mediante l'incanto, se l'acquirente non prende parte nella gara o è vinto, si opera la surrogazione del prezzo all'immobile, del quale è spogliato l'acquirente, divenendo questi proprietario del prezzo, del quale fa suo il sopravanzo, soddisfatti che sono i creditori ipotecarii. L'annullamento o la risoluzione del contratto traslativo di proprietà, o del legato nei rapporti tra alienante ed acquirente, come se non avesse avuto luogo, è contrario al principio giuridico, ammesso pei terzi possessori, poichè causa di nullità o di risoluzione non può essere alcun fatto dell'acquirente.

Provocando colla purgazione gl'incanti a suo danno, ha inteso convertire la proprietà del prezzo in quella dell'immobile, non ha inteso rinunziare alla proprietà dell'immobile ed a quella del suo rappresentante, che è il prezzo.

Non ha inteso spogliarlo la legge, la quale anzi si è mostrata così benevola verso l'acquirente, che gli fa pagare le spese del contratto e delle spese provocatrici dell'offerta per l'incanto dal compratore all'asta *de proprio*, come aumento del prezzo che avrebbe potuto ripetere dal suo autore, per il danno patito e che questi non avrebbe forse potuto pagare per la sua non solvenza. Avrebbe potuto la stessa legge, con manifesta disarmonia di principio, dichiarare l'annullamento o la risoluzione del contratto e del legato per attribuire il sopravvanzo del prezzo al suo autore, costringendolo così a richiedere da costui come semplice creditore chirografario le indennità dovutegli per la patita evizione, e sottraendo il prezzo ai suoi creditori ipotecari, che han contrattato col legittimo proprietario; ma non l'ha fatto. Dichiariamo la cosa con qualche esempio.

Il legatario o il donatario di un immobile propongono il giudizio di purga per liberarlo dalle ipoteche iscritte, offrendo il prezzo, di lire 20 mila. L'immobile rimane aggiudicato ad un terzo per lire trentamila. Pagati i creditori del testatore o del donante iscritti sull'immobile, vi è un sopravvanzo di lire ventimila. A chi spettano queste lire ventimila? appartengono al legatario o al donatario e per essi ai loro creditori se concorrono nella graduazione.

Digitized by Google

Non è il legatario o donatario, che istituisce il giudizio di purga, ma un compratore dell'immobile per lire trentamila, dei quali ha improvvidamente pagato in conto lire diecimila. L'immobile rimane aggiudicato ad un terzo per lire quarantamila. Il compratore deve dare lire ventimila per prezzo residuale all'alienante, che naturalmente è graduato per effetto della ipoteca legale e per esso i suoi creditori iscritti per lire trentamila. Rimane il sopravvanzo di lire 10 mila, che debbe attribuirsi al compratore, cui spetta l'aumento avvenuto all'incanto, non al venditore.

31. È quistione se l'acquirente debba i deterioramenti dell'immobile e gli si debba il compenso per i miglioramenti, che vi ha fatti.

Noi crediamo che debba essergli applicato l'articolo 2020 scritto per i terzi possessori. Egli è tenuto a risarcire i danni cagionati all'immobile per sua grave colpa in pregiudizio dei creditori iscritti, ed ha il diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti fatti dopo la trascrizione del suo titolo fino alla concorrenza di ciò, che risulterà tra lo speso ed il migliorato al tempo della vendita all'incanto.

Il breve tempo, che decorre tra il cominciamento della procedura di purgazione e la vendita all'incanto può far supporre che sia difficile a verificarsi il caso di deterioramenti e di miglioramenti. Pure non è cosi. I creditori possono spingere l'azione ipotecaria dopo lungo tempo trascorso dall'atto traslativo di proprietà alla sua trascrizione provocatrice del giudizio di purgazione. Può l'acquirente dopo molti anni, non provocato, promuovere il detto giudizio. E durante tutto questo tempo può aver deteriorato e migliorato l'immobile.

32. Rimane a risolvere un ultimo dubbio.

Quante annate d'interessi spettano ai creditori ipotecari nel giudizio di graduazione?

Bisogna mettere in accordo l'articolo 2021 coll'art. 2010.

L'acquirente deve i frutti dal giorno della trascrizione del precetto, o in mancanza dal giorno della notificazione fatta in conformità degli articoli 2043 e 2044. Questi frutti son dovuti dall'acquirente fino al dì della vendita all'incanto, nel quale sia sostituito dal nuovo compratore, che deve gl'interessi del prez-

Digitized by Google

zo. Il valore dei frutti, e gl'interessi sono in conformità dell'articolo 2086 distribuiti unitamente al prezzo dell'immobile nel giudizio di graduazione. Qualora non ci sia incanto o pure rimane compratore l'acquirente, deve i frutti, che si riducono agl'interessi sul prezzo fino al dì, in cui o non lo depositi o pure lo paghi ai creditori (art. 2046 2050).

I creditori poi han diritto di esser collocati per le due annate d'interessi anteriori a quella in corso al giorno della trascrizione del precetto, oltre agl'interessi successivi, ed in mancanza della trascrizione del precetto, per le due annate e quella in corso al giorno della intimazione degli atti, (art. 2043 e 2044), oltre i successivi. La intimazione dell'atto, col quale si offre il prezzo ai creditori e la sua inserzione nel giornale obbliga irrevocabilmente l'acquirente a pagare il prezzo e gl'interessi ai creditori secondo il grado della loro iscrizione, producendo gli stessi effetti del precetto rispetto ai frutti. I frutti e gl'interessi non possono essere più pignorati e distribuiti ai creditori individualmente, ma, formando una massa sola con il prezzo, sono unitamente distribuiti ai creditori; onde costoro debbono aver diritto anche dallo stesso tempo agl' interessi successivi alle tre annate.

33. Il giudizio di purgazione è utile pel debitore, per l'acquirente e per il commercio fondiario, ma può essere nocivo ai creditori iscritti.

I creditori hanno il diritto di vendere l'immobile ipotecato affinchè col prezzo, che nel calore dell'asta ottenuto devesi reputare giusto, possano essere soddisfatti. E questo diritto non vien meno quando il debitore ha alienato l' immobile mediante l'esercizio dell'azione ipotecaria.

La facoltà concessa all' acquirente di purgare l' immobile dalle ipoteche offrendo loro o il prezzo stipulato nel contratto, o se è indeterminato o il contratto è a titolo gratuito, un prezzo, che egli stesso determina, offende il diritto dei creditori nel rispetto dei quali il *giusto* prezzo è quello, che risulta dall'incanto. Si concede, è vero, il diritto ad ogni creditore di richiedere gl' incanti ma a condizione di rendersi offerenti per un prezzo eccedente il decimo di quello stipulato o dichiarato e dando cauzione di un quinto.

Digitized by Google

Si costringono così i creditori a divenire o compratori dell'immobile con un aumento di prezzo, o pure a contentarsi del prezzo offerto dall'acquirente. Quest'alternativa può essere dannosa ai creditori.

La loro condizione economica non sempre permette di diventare acquirenti di un immobile; han dato danaro e vogliono avere in pagamento danaro.

E questo principio è stato talmente riconosciuto nel Codice che l'incanto nel giudizio di espropriazione non può terminare che colla vendita in prezzo a qualunque somma ammonti, esclusa ogni dazione in pagamento della cosa.

L'attuale sistema di purgazione può essere talvolta origine di frode. Un debitore o dona o vende per un prezzo inferiore al giusto l'immobile ipotecato a parecchi, colla certezza che il medesimo rimanga al donatario e al compratore nel giudizio di purgazione, certezza, che si genera in lui dal fatto da lui conosciuto, che niuno dei creditori iscritti abbia la possibilità economica di comprare o pure reputi per lui cosa opportuna l'acquistare l'immobile.

Il debitore ottiene così il suo scopo di far diventare irrevocabile la donazione, o pure dividersi parte del prezzo col compratore, con danno evidente dei creditori. Costoro avranno diritto d'istituire l'azione rivocatoria; ma oltrechè non sempre ne concorrono le condizioni, la loro dimostrazione è difficile; ed anche, supponendo sempre un esito favorevole, sono costretti a fare un giudizio dispendioso.

Così, osservando, non intendiamo condannare il giudizio di purgazione, ma ordinarlo in modo che mentre possa agevolare il commercio fondiario con utilità del debitore e dell'acquirente non si tolga ai creditori la protezione ordinaria della determinazione di *un giusto prezzo*.

E l'ordinamento potrebbe essere questo:

L'acquirente, nell'atto specificato nell'articolo 2043, deve offrire di pagare il prezzo stipulato o il valore dichiarato; se si tratta di fondi a titolo lucrativo o il cui prezzo non fu determinato; purchè il detto prezzo non sia minore di quello stabilito dall'articolo 663 del Cod. di proc. civ.

Con detto atto debbono essere invitati i creditori ed il pre-

Digitized by Google

cedente proprietario a comparire davanti al Presidente, perchè sia stabilita l'udienza per gl'incanti, se i creditori li dimandano.

Il proseguimento dell' esecuzione deve aver luogo secondo le regole della espropriazione forzata.

Nel giudizio di graduazione si applica l'art. 2092 del Cod. civ.

Pochi articoli basterebbero a coordinare queste disposizioni col diritto comune.

Così si conserverebbe inalterato il principio che, quando non consentano tutti i creditori iscritti alla determinazione del prezzo fatta dall' acquirente, debbasi questo determinare mediante gli incanti.

Nell' attuale sistema si evitano talvolta gl'incanti, ma con danno dei creditori.

E tra la possibilità del danno ai creditori mediante la restrizione dell'esercizio del loro diritto e il beneficio, che si può ritrarre qualche volta dall' evitare gl' incanti, non è da esitare nella scelta.

Presentiamo queste nostre osservazioni come oggetto di studio diretto a migliorare il sistema attuale ed a troncare non poche quistioni, che tuttavia fa nascere la compilazione delle disposizioni contenute nel Codice civile.

Digitized by Google

CAPO OTTAVO

Della riduzione e della estinzione delle ipoteche, e della cancellazione delle iscrizioni.

Il Codice francese nel Capo V *tratta della cancellazione e della riduzione delle iscrizioni.*

Il Codice Albertino intitolò il Capo VII: *Della riduzione dei privilegi e delle ipoteche, e della cancellazione delle iscrizioni,* dividendolo in due sezioni; l'una *della riduzione dei privilegi e delle ipoteche*, l'altra *della cancellazione delle iscrizioni.*

Il Senato di Piemonte espresse parere che si tenesse nel nuovo Codice lo stesso sistema del Codice francese e dell'Editto ipotecario, facendo delle due sezioni un capo solo. La connessione, che v'ha, tra la materia della riduzione e quella della cancellazione delle ipoteche, facendo sì che molte disposizioni sieno comuni all' una e all'altra, ne conseguita che il volerle distinguere e trattare sotto diverse sezioni non produce sempre maggior ordine e chiarezza.

Ma la Commissione rispose che, quando si tratta di riduzione, si deve fare una combinazione di ragioni e d' interessi tra il debitore ed il creditore; garentir questo da ogni pericolo; sottrarre quello da una soverchia oppressione; l'affare termina in una specie di assestamento anticipato e di abbondante valutazione delle eventualità probabili del credito da accertarsi. La cancellazione all' incontro è una forma quasi materiale di fare scomparire le iscrizioni; è una procedura, anzi che una discussione di ragione e d' interessi; è un provvedimento che tutto si riferisce ai registri delle ipoteche.

Sotto la sezione delle cancellazioni si leggono disposizioni, che rientrano nel novero delle riduzioni vere e proprie, ma non è che un richiamo alle regole anteriormente date intorno alla riduzione; richiamo necessario, perchè si riferisce alla cancellazione parziale, conseguenza materiale della riduzione precedentemente ammessa (1).

---

(1) Motivi del Codice, pag. 674.

Digitized by Google

Il Codice italiano ha seguìto l'ordine del Codice Albertino, migliorandolo. Ha trattato nella sezione VII *della riduzione delle ipoteche*, nella ottava *della estinzione delle ipoteche*, e nella nona *della cancellazione delle iscrizioni*, che è l'esecuzione della riduzione e della estinzione delle ipoteche, delle quali l'iscrizione deve essere cancellata in parte o in tutto, comprendendovi tutte le altre cause, per le quali la iscrizione deve essere cancellata.

Si è omesso nell'epigrafe la parola *privilegi*, perchè secondo il Codice italiano non se ne riconoscono sugl'immobili, tranne quello che non deve iscriversi, relativo ai tributi.

Digitized by Google

SEZIONE PRIMA

Della riduzione delle ipoteche

SOMMARIO

1. In che consiste la riduzione dell'ipoteca, e quando è concessa.
2. A chi è concessa.
3. Quando si reputa eccessiva la quantità dei beni ipotecati.
4. Se possa ordinarsi la riduzione della parte di un solo immobile, sul quale si è presa iscrizione.
5. Quando si reputa eccessiva la somma, per cui si è presa iscrizione.
6. Non vi è contraddizione tra i due articoli 2025 e 2026.
7. A carico di chi debbono andare le spese del giudizio.

1. Consiste la riduzione dell'ipoteca:

nel restringerla ad una parte soltanto dei beni indicati nella iscrizione, ottenendo la libertà degli altri;

nel limitare la somma, per cui la iscrizione è stata presa.

Non si può domandare la riduzione della ipoteca nè riguardo alla quantità dei beni nè riguardo alla somma, se e l'una e l'altra è determinata nella convenzione o nella sentenza. Nel primo caso osta la convenzione e nel secondo la cosa giudicata.

Ogni persona *interessata* ha poi diritto di domandar la riduzione della ipoteca legale o giudiziale, se i beni compresi nella iscrizione hanno un valore eccedente la cautela da somministrarsi, o se la somma determinata dal creditore nella iscrizione ecceda di un quinto quella, che dal giudice è dichiarata dovuta (articolo 2026).

Nelle ipoteche legali sono eccettuate quelle a favore degli alienanti e dei coeredi ed altri condividenti, perchè i beni, sopra i quali deve cadere la ipoteca, sono determinati dall'atto di alienazione e di divisione e dalla legge, e la somma è ancor essa determinata nello stesso modo. Ma se questa fosse indeterminata, essendosi fatta dal creditore nella nota per l'iscrizione giusta l'articolo 1992, il beneficio della riduzione non potrebbe essere negato.

2. Il diritto a domandar la riduzione non è limitato al solo

Digitized by Google

debitore, ma si è esteso ad ogni *interessato*, fra i quali possono annoverarsi i terzi possessori ed i creditori, nel fine di render liberi i beni acquistati o loro ipotecati, o pure diminuire la somma, per la quale si è presa l'iscrizione.

I creditori han diritto di esser tutelati nei loro diritti, ma la tutela non deve essere eccessiva in danno dei debitori e loro aventi causa. La libertà dei fondi, o la tenuità del vincolo, cui possono esser soggetti, quando è possibile ottenersi senza danno dei creditori, è un benefizio economico, onde la legge non poteva non designare il modo come attuarlo.

3. Si ritiene come cosa eccessiva la ipoteca iscritta sopra i beni, quando il loro valore supera di un terzo l'importare dei crediti iscritti, accresciuto dagli accessorii a norma dell'articolo 2010.

Il Codice francese nell'articolo 2165 stabilisce il modo come conoscere il valore dei beni, cioè moltiplicazione dell'imponibile catastale, contratti di fitto non sospetti, processi verbali di stima, che si fossero precedentemente stesi in epoche recenti ed altri atti simili, valutandosi la rendita colla media proporzionale sui risultati di queste diverse notizie.

Il Codice italiano non dando alcuna norma speciale, se ne rimette alle regole generali, secondo le quali si può avere una giusta stima, di un immobile fra le quali non può essere esclusa la perizia.

Se non che noi crediamo che debba essere rarissimo il caso, nel quale il magistrato possa ricorrere alla perizia per la estimazione del valore. Bisogna diffidare delle risultanze delle perizie, specialmente nelle vendite forzate, per la cattiva prova che esse han fatto; i tribunali sono stati costretti molto frequentemente ad ordinare, che l'incanto si rinnovasse per non essersi fatte offerte, ribassando il valore di un decimo almeno e così successivamente finchè non si abbiano offerenti (art. 675 Cod. di proc. civ.). E si è giunto fino a dieci ribassi della stima fatta per perizia. L'articolo 663 del Codice suddetto preferisce la stima derivante dalla moltiplicazione del tributo diretto verso lo Stato e solo nel caso che non vi sia alcun creditore offerente, si deve ricorrere alla stima per mezzo di periti.

Onde può avvenire che ristretta l'ipoteca, perchè il valore esti-

Digitized by Google

mato del perito eccede la cautela da somministrarsi, quel valore negl'incanti risulti tanto inferiore al credito ed agli accessori che il creditore non ha modo come soddisfarsi. E non solo nelle vendite all'incanto le perizie han fatto cattiva prova, ma anche in occasione dei mutui fatti dal credito fondiario e nelle cauzioni d'immobili date dagli esattori, quando il loro valore è stato determinato da periti. Sia corruzione, sia compiacenza verso i debitori ed i mutuatari, sia poca conoscenza delle regole della stima dei fondi rustici ed urbani, sia la condizione del mercato fondiario, non s'intende di andarlo ricercando; basta di rendere manifesto un fatto costante, nocivo alla sorte dei creditori, e che può essere evitato, quando specialmente il creditore vi si oppone, consultare il catasto, le locazioni ed il valore dei fondi vicini.

4. L'articolo 2162 del Codice francese dice:

« Si considerano come eccessive le iscrizioni, che cadono sopra più fondi quando il valore di un solo o di alcuni di essi eccede più di un terzo la somma....»

Dal modo come è compilato l'articolo e dalle espressioni usate nell'articolo precedente sopra *fondi diversi*, la scuola francese ne trae che se l'ipoteca sia iscritta sopra un fondo solo, non si possa domandare la riduzione, ancorchè questo fondo avesse un valore libero doppio della somma del credito in capitale ed accessorii. Ed il Persil ne arreca la seguente ragione: « allorchè l'ipoteca si estende sopra due o più fondi ed il debitore gli alieni, sarà obbligato, ove non possa dimandar la riduzione, o di rimborsare il credito, avvegnachè non ancora esigibile, o di lasciare tra le mani di ciascuno acquirente la somma del credito; il che moltiplicherebbe le sue obbligazioni, e lo forzerebbe a lasciare la somma dovuta tante volte quanti sono i compratori. Per l'opposto quando non vi sia che un sol fondo ipotecato al debito, il debitore non può domandare la riduzione, perchè, qualunque sia il valore di quest'immobile, se egli lo vende, non è obbligato a lasciare tra le mani del compratore la somma dovuta se non una sola volta. Questa considerazione sarebbe essa sola sufficiente per non lasciare al debitore il diritto di domandare la riduzione se non quando, avendo egli più fondi ipotecati al debito, fosse stato obbligato a lasciare fra le mani

Digitized by Google

dei compratori tante volte la somma dovuta per quanto sarebbero i fondi diversi (1) ».

Ma che s'intende per *fondi*? L'art. 2161 del Codice francese scrive, se (le iscrizioni) « portèes sur plus de *domaine* differens, qu'il n'est necessaire à la suretè des créances » s'intende questa parola *domaine* nel significato volgarmente ammesso per dinotare un podere, una masseria, in somma un aggregato di proprietà diverse sottoposte ad un centro di coltivazione? ovvero la parola *domaine*, *fondo*, è quì sinonima d'immobile? La maggioranza della scuola insegna, che il legislatore abbia voluto designare col nome di *dominio* un bosco o una casa, o un giardino, in altri termini un immobile unico e distinto dagl'immobili, che lo circondano, sia per la superficie, sia pel modo di coltura, sia per una confinazione con una proprietà estranea.

La mutata locuzione del progetto dell' art. 2024 del Cod. ital. diede occasione al Commisario De Foresta di proporne la modificazione. « Esso stabilisce che la riduzione delle ipoteche si opera colla restrizione ad una parte soltanto dei beni indicati nella iscrizione; è meglio dire invece ad *alcuni soltanto dei beni* ecc., e ciò onde evitare il dubbio, che potrebbe per avventura sorgere dalla parola *parte*, quasi che la legge permettesse di restringere l'ipoteca ad una porzione di un solo stabile, ciò, che non è al certo nel concetto del suddetto articolo e sarebbe contrario a tutti i principi sulla materia ». La commissione riconobbe giusta l' osservazione del proponente e ritenne per certo e fuori di dubbio che l'ipoteca non possa essere ristretta ad una parte di uno stabile, ma soltanto ad uno o più degli stabili ipotecati, che sieno riconosciuti sufficienti per l' effetto dell'ipoteca medesima. Opina però che questo cenno nel processo verbale sia bastante per lo scopo cui mirava la detta proposta; nella quale opinione concorse anche il proponente (2).

Non ostante la grandissima autorità della Commissione coordinatrice, il suo modo ristretto d' interpretare gli articoli 2024 e 2026 non è legge, che obblighi l'autorità giudiziaria a seguirla,

---

(1) Persil ip. art. 2162; Troplong, n. 769, Dalloz, cap. 11 sez. X, art. 1, 17, Duranton, n. 209.

(2) Processi verbali, n. 11, pag. 522.

Digitized by Google

indistintamente. Può essersi presa iscrizione sopra un grande edifizio composto di molte botteghe e di più appartamenti, i quali si sogliono, nel fine di avere maggior numero di concorrenti, dividere in diversi lotti; per quale ragione sarebbe vietato di restringere l'ipoteca ad una o più botteghe, ad uno o più appartamenti? L'iscrizione può colpire un fondo, composto originariamente di diversi fondi, riuniti poi in unico fondo, che si distinguono fra loro per confini naturali, o artificiali; o pure in un fondo esteso, che può essere facilmente diviso in due o più parti senza che se ne diminuisca il valore. Gli art. 2024 e 2026 non escludono espressamente il caso, che la iscrizione sia stata presa sopra un solo fondo, quando sia di tale valore, che ecceda la cautela da somministrarsi e possa, senza danno, restringersi ad una sola parte di esso. Non si viola dunque la legge, se le parti interessate ne dimandino la riduzione e l'autorità giudiziaria accolga la domanda, purchè non si noccia nè al creditore, nè al debitore, nè agli altri interessati.

5. L'art. 2163 del cod. franc. dichiara *potersi* ridurre come eccessive le iscrizioni fatte giusta il valore dato dal creditore ai suoi crediti condizionali eventuali o indeterminati. E l'art. 2163 lascia il definire l'eccesso all'arbitrio del giudice, il quale a norma delle circostanze, delle probabilità degli eventi e delle presunzioni di fatto conciliar deve l'interesse della sicurezza del creditore con quello del debitore; salvo al creditore il diritto di novella iscrizione quando l'evento abbia fatto mutare i crediti indeterminati in una somma maggiore.

Il Codice italiano si è limitato a disporre che debba ridursi la somma determinata dal creditore nella iscrizione se ecceda di un quinto quella che è dal giudice dichiarata dovuta (articolo 1992, 2026.).

L'articolo 1992 stabilisce che la determinazione della somma, se non è fatta nell'atto *costitutivo o dichiarativo* del credito nè con atto posteriore, può farsi dal creditore medesimo nella nota per iscrizione.

E il titolo costitutivo o dichiarativo del credito può essere o un atto pubblico contrattuale o una scrittura privata autenticata, o una sentenza.

Se il creditore, usando della facoltà concessagli, determina

Digitized by Google

nella nota una somma, la quale eccede di un quinto quella, che il giudice sulla domanda di riduzione dichiarerà poter essere dovuta, debbe mantenersi la iscrizione per un quinto di più della somma stabilita dal giudice. Nessuna norma si dà al giudice per la determinazione della somma possibilmente dovuta al creditore, essendo ogni estimazione rimessa al suo prudente arbitrio.

Il Ricci (1) intende come noi la seconda parte dell'articolo 2026.

Esso scrive: se il quinto sia superato, la riduzione si fa col limitare la iscrizione, alla somma che il giudice dichiara dovuta, ovvero il creditore ha il diritto a mantenere la iscrizione per una somma, che non ecceda di un quinto quella dovuta secondo la dichiarazione fatta dal giudice? Noi ragioniamo a questo modo. Se la somma dichiarata nell'iscrizione supera di un quinto quella dovuta, la riduzione non può chiedersi ; quindi il creditore ha il diritto di mantenere la iscrizione per la cifra da esso determinata.

Il debitore, dal suo canto , ha il diritto di lamentarsi e di chiedere la riduzione allorchè l'eccedenza raggiunge il quinto: quindi se il creditore diminuisce la somma dichiarata in modo da non superare di un quinto quella, che il giudice afferma dovuta, esso non fa che usar del suo diritto, senza offendere in alcun modo quello del debitore, ed è perciò che costui non può esigere che l'iscrizione sia ridotta fino alla somma dovuta secondo la dichiarazione del giudice. Riflettasi d'altronde che nella specie si tratta d'ipoteca iscritta per una somma non determinata nè dalla convenzione, nè dalla sentenza, in forza della quale l'iscrizione si è presa. Or bene al giudice è data dalla legge la facoltà di determinare esso , allorchè la domanda di riduzione è proposta, la somma, che è dovuta; tale determinazione nondimeno può essere non esatta , perchè spesso si verifica , che una somma non liquida non possa esattamente accertarsi se non al momento, in cui si paga. La stessa legge quindi consente che l'ipoteca resti iscritta per una somma maggiore di quella, che il giudice dichiara dovuta , purchè l'eccedenza non raggiunga

---

(1) N. 262 vol. X.

Digitized by Google

il quinto appunto perchè prevede *che la somma, la quale rimarrà dovuta al momento della liquidazione*, possa essere maggiore di quella stabilita dal giudice; dunque finchè l'eccedenza si contiene in questi limiti, il creditore è nel suo pieno diritto, e gli interessati non possono ragionevolmente dolersene.

Non è questa l' interpetrazione, che vi dànno gli avvocati Coen e Iachini che hanno coordinato il trattato delle ipoteche del Pacifici Mazzoni (1). Essi credono che secondo il nostro Codice la iscrizione eccessiva non potrà essere ridotta prima del giudizio di liquidazione definitiva, che determini la esatta misura della somma dovuta. Assai diversa, essi dicono, è la disposizione del Codice francese, che nell' articolo 2163 conferisce al giudice una facoltà, per verità troppo larga, di sentenziare, cioè, la riduzione dell'ipoteca, che si ravvisi eccessiva anche prima del giudizio di liquidazione. Essi non approvano una facoltà così illimitata 1° perchè spesso difettano gli elementi del giudizio; 2° non si comprende la necessità di questa facoltà, mentre il debitore può mediante il giudizio di liquidazione fare stabilire la somma dovuta e domandare quindi, ove la cautela sia eccessiva, la riduzione dell' iscrizione; 3° può derivarne la opposizione dei due giudicati, certi elementi potendo essere diversamente apprezzati nel giudizio provvisorio ed in quello di liquidazione. Laonde intendono la disposizione della seconda parte dell' articolo nel seguente modo:

La riduzione non può aver luogo se la somma determinata nell' iscrizione non fosse superiore almeno di un quinto a quella fissata poi dal giudice.

Ma è d' uopo avvertire che ove la riduzione abbia luogo, la iscrizione deve esser ridotta alla somma fissata dal Tribunale, senza che si possa estenderla per un altro quinto della somma medesima. Imperocchè solo allo scopo di evitare inutili quistioni, la legge consente al debitore la riduzione della ipoteca nel caso, che la somma fissata nell' iscrizione non oltrepassi del quinto quella liquidata dal tribunale, ma generalmente il creditore non ha diritto maggiore di quello, che sia sufficiente per assicurare la somma a lui dovuta e dei relativi accessorii.

---

(1) Vol. 2, pag. 123 n. 77.

Digitized by Google

Noi crediamo che cotesta interpetrazione dell' articolo sia del tutto erronea, e che altra differenza non vi sia tra la disposizione del Codice francese e quella del nostro che la seguente: il Codice francese dà norme al giudice per liquidare provvisionalmente la somma dovuta al creditore per i suoi diritti di loro natura condizionali, eventuali o indeterminati alla quale somma deve esser ridotta quella indicata dal creditore nella iscrizione; invece il Codice italiano non dà alcuna norma al giudice per la provvisoria determinazione del valore indeterminato del diritto del creditore, rimettendosene al suo prudente arbitrio, e determinata che l'abbia, il creditore deve ridurre la somma indicata nella nota, se ecceda di un quinto quella stabilita dal giudice.

L' articolo 2026 non è scritto per provvedere al caso, che la somma dovuta al creditore sia definitivamente liquidata o con consenso del debitore o con sentenza; imperocchè l' ipoteca e l' iscrizione, che la rende perfetta non potendo comprendere che l' importare del credito, se si eccede, si deve l'eccesso cancellare, per l' inesistenza o pure per l' estinzione parziale del credito (art. 2029, 2036, 2038).

La riduzione speciale, della quale si occupa questo articolo, è del caso, che il creditore, che aveva la facoltà di determinar la somma nella nota d' iscrizione a mente dell' articolo 1992, lo abbia fatto in modo eccessivo; finchè la definitiva determinazione della somma effettivamente dovuta non segua, *arbitrio boni viri* essa si riduce *ad jus et justitiam.*

E poichè cotal giudizio è provvisionale, da valere cioè solo per decidersi della riduzione e non già per la definitiva determinazione della somma, così per tutelare maggiormente il diritto del creditore gli si consente di aumentare di un quinto la somma, che il giudice ha dichiarato in modo provvisorio dovuta, pel possibile caso che la somma da liquidarsi definitivamente potesse risultar maggiore della provvisoria.

Le parole dell' articolo « *se la somma determinata dal creditore nella iscrizione ecceda di un quinto quella che dal* giudice è *dichiarata dovuta* si riferiscono *alla somma, che probabilmente dichiarerà dovuta* nella sede della liquidazione definitiva nel fine solamente di potere essere di norma per la riduzione.

Digitized by Google

La disposizione non avrebbe ragion di esistere, se si dovesse riferire alla liquidazione definitiva della somma determinata dal creditore; poichè quando la somma è definitivamente stabilita, cessa ogni determinazione fatta dal creditore e vi si surroga quella, che deriva dalla sentenza, costituendo questa quell' atto posteriore, di cui parla l' articolo 1992. Nel quale caso non vi sarebbe ragione di concedere al creditore di tener viva l' iscrizione ipotecaria per una parte del credito, che non più esiste e che non può aumentare. Quel quinto di più, che l'articolo 2026 consente al creditore di conservare nella iscrizione sarebbe del tutto inutile pel creditore e dannoso per gl' interessati, continuando ad essere iscritta una parte inesistente del credito e dell' ipoteca.

Il giudizio di liquidazione definitiva di ciò, che è dovuto al creditore quasi sempre dura lungo tempo, nè sempre dipende dalla volontà delle parti accorciarlo e, quel che è più, non è possibile il suo cominciamento per la liquidazione dei diritti eventuali, e condizionali e indeterminati, se l'evento e la condizione non si verifica, o il termine non scade. Durante tutto questo periodo di tempo, che impedisce una liquidazione definitiva, sarebbe tolto al debitore il beneficio di proporre la domanda di riduzione, beneficio, che gli si è voluto concedere coll' articolo 2026; non potendo il medesimo riferirsi alla facoltà della parziale cancellazione della ipoteca fino all'ammontare della somma definitivamente ridotta dal giudicato, prestandogli efficace sussidio gli articoli 2029 e 2036, i quali non riconoscono l'aumento del quinto.

Non ha alcun valore l'osservazione, che tra la somma determinata nella sentenza pronunziata sulla domanda di riduzione e la somma, che poscia potrà essere diffinitivamente liquidata possa esservi discordanza. Ciò è possibile in tutti i casi, nei quali è dato all'autorità giudiziaria di dare provvedimenti provvisionali, i quali per la diversa valutazione dei documenti prodotti e per la novella esibizione di altri possono discordare dai definitivi, specialmente in materia di liquidazione; e tanto il suppone l'articolo 2026, che concede al creditore di estendere il mantenimento della iscrizione fino al quinto di più della somma dal giudice provvisoriamente determinata.

Digitized by Google

Adunque riteniamo, seguendo l'opione del Ricci, che gl'interessati debbono ottenere la riduzione della somma determinata dal creditore nella nota sino al quinto di più della somma, che il giudice determinò sulla loro dimanda in modo provvisionale, salvo a ridursi alla somma, che poscia sarà definitivamente dichiarata dovuta.

6. Notano alcuni che vi sia una tal quale contradizione tra gli articoli 2025 e 2026, in quanto che nell'articolo 2025 dicesi che la riduzione rispetto alla quantità di beni ed alla somma non debba esser ammessa quando sia stata determinata con sentenza, e nell'articolo 2026 si prescrive la riduzione delle ipoteche giudiziali rispetto ai beni e rispetto alla somma.

Contraddizione non vi è punto tra le due disposizioni, perchè riguardano ipotesi diverse.

Ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sopra i beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta (art. 1970).

Quando la sentenza porta condanna al pagamento di una somma determinata, pel cui ammontare si è presa iscrizione, non si può domandare la riduzione a quantità minore, perchè la somma è stata determinata dalla sentenza. È il caso preveduto dall'articolo 2025.

Se la sentenza porta condanna all'adempimento di un'obbligazione, che possa risolversi nel risarcimento dei danni senza determinarne la somma, il creditore ha dovuto, nell'iscriverla, far egli la determinazione della medesima. Gl'interessati, che la credono eccessiva possono richiedere la riduzione della somma che l'autorità giudiziaria può, surrogandosi al creditore, stabilire, aumentata di un quinto. In tal guisa la determinazione provvisionale fatta dal creditore o è confermata o è corretta dall'arbitrio prudente dal giudice sulle osservazioni degl'interessati. È questo il caso della seconda parte dell'articolo 2025.

L'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degl'immobili appartenenti al debitore, art. 1986. Se il loro valore, sopra dei quali si è presa la iscrizione, eccede la cautela da sommi

Digitized by Google

nistrarsi, può dimandarsi la riduzione. È il caso della prima disposizione dell'articolo 2026.

Ciò accade se la sentenza non determina essa i beni sopra i quali si possa prendere iscrizione. E l'autorità giudiziaria può specificarli, specialmente quando prescrive l'obbligo di una cauzione o vuol munire di una sanzione l'adempimento di una sua disposizione, la quale può consistere in un' ipoteca sopra beni determinati o indicati dalle parti, o pure determinati di officio secondo gli elementi, che offre la causa. È questo il caso preveduto dall' articolo 2025.

7. Se il giudizio di riduzione è un beneficio per gl'interessati a richiederla, è giusto che vada a loro carico la spesa.

Però se la riduzione ha luogo per eccesso nella determinazione del credito fatta dal creditore, le spese sono a suo carico. La quale disposizione, che può parer molto rigorosa, è attenuata dalla considerazione che la legge non considera come eccessiva la somma, che non sopravanza di un quinto quella, che il giudice dichiara verosimilmente dovuta.

Le spese poi del giudizio sulle contestazioni, che venissero fatte, sono a carico del succumbente o compensate secondo le circostanze (art. 2028).

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Della estinzione delle ipoteche

SOMMARIO

1. Si estingue l'ipoteca coll'estinguersi l'obbligazione: osservazioni speciali intorno al modo di estinzione della obbligazione mediante la compensazione e la novazione:
2. Colla distruzione dell'immobile ipotecato.
3. Se l'immobile ipotecato è stato assicurato, come va diviso il prezzo di assicurazione? Come va diviso il prezzo derivante da espropriazione per pubblica utilità o da servitù imposta dalla legge? Estinto l'usufrutto per consolidazione, si estingue anche l'ipoteca?
4. Si estingue colla rinunzia del creditore: può essere totale o parziale; non deve confondersi colla rinunzia o col trasferimento del grado.
5. Fatta in un atto unilaterale non puó essere rivocata prima dell'accettazione.
6. Si estingue col pagamento dell'intero prezzo nei giudizi di graduazione:
7. Collo spirare del termine a cui fu limitata:
8. Col verificarsi della condizione risolutiva, che vi fu apposta:
9. Colla prescrizione.
10. Distinzione tra la nullità, la risoluzione dell'ipoteca e la sua estinzione.
11. Del rinascimento dell'ipoteca.

1. Le ipoteche si estinguono:

A *Coll'estinguersi della obbligazione* (1).

È il modo più naturale della estinzione dell'ipoteca. Questa è stata definita per un diritto reale, che ha per oggetto di assicurare sopra i beni del debitore il soddisfacimento di un'obbligazione (art. 1964). Estinta la obbligazione, necessariamente viene ad estinguersi l'ipoteca. *Causa pignoris cessante*, *pignus aut hypotheca cessat* (2).

---

(1) Il Codice francese dice: con l'estinzione della obbligazione *principale.*

(2) L. 2 Cod. de pactis. *Si dominus solverit pecuniam*, *pignus*

Digitized by Google

L'obbligazione può estinguersi in tutto o in parte; estinta, può rivivere in casi dalla legge determinati (art. 2031). Se la obbligazione si estingue in parte, rimane la ipoteca per assicurare la soddisfazione del credito residuale sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte (art. 1961). Se poi l'obbligazione rivive per cause dalla legge riconosciute, rivive l'ipoteca; di che ci occuperemo nella illustrazione degli articoli 2031 e 2032.

Non ci faremo qui ad indicare ed illustrare i modi, con cui si estinguono le obbligazioni, dei quali ci è un titolo apposito nel Codice (1). Ciò facendo, usciremmo dal nostro soggetto. Ci limitiamo solamente a notar due cose intorno alla compensazione ed alla novazione, che sono fra i modi di estinguere l'obbligazione.

La compensazione avviene di diritto in virtù della legge ed anche senza saputa dei debitori, al momento stesso della contemporanea esistenza di due debiti, che reciprocamente si estinguono per la quantità corrispondente. Può avvenire che uno dei creditori paghi il debito, del quale già era avvenuta la compensazione di dritto, e poscia proponga la domanda del pagamento del credito, a cui non ha opposto la compensazione. La legge dispone (art. 1295), che egli non possa valersi delle ipoteche annesse al suo credito in pregiudizio dei terzi, semprechè *non abbia avuto un giusto motivo d'ignorare il credito, che avrebbe dovuto compensare il suo debito.*

La novazione può essere obiettiva o subiettiva. È obiettiva, quando lo stesso debitore contrae verso lo stesso creditore un nuovo debito, il quale viene sostituito all'antico (articolo 1267 n. 1).

È subiettiva, quando un nuovo debitore è sostituito all'antico, o un nuovo creditore è sostituito all'antico verso cui il debitore è liberato (detto articolo n. 2 e 3).

---

quoque perimitur; L. 15 D. de pign. et hyp. *Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est.* L. 6, D. quib. mod. pign. solv. *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.* L. 129, D. de div. reg. jur.

(1) Cap. IV tit. V, lib. 3.

Digitized by Google

L'articolo 1274 dispone: I privilegi e le ipoteche del credito anteriore non passano in quello, che gli è sostituito se il creditore non ne ha fatto espressa riserva.

Questo articolo collocato posteriormente alle tre maniere, con le quali si opera la novazione, è comune tanto alla novazione oggettiva che alla soggettiva, essendo scritto in termini generali.

Nella novazione oggettiva i contraenti convengono di sostituire un nuovo credito all'antico, colla stessa sicurtà ipotecaria dell'antico. Il nuovo credito non è che l'antico trasformato, del quale rimane viva la sola ipoteca a garantia del nuovo credito. La estinzione del primo credito avrebbe dovuto produrre la estinzione dell'ipoteca, e la produce, se le parti tacciono. Ma poichè l'ipoteca è istituto di legge positiva, che da essa sola riceve essenza e natura, così *usu exigente et humanis necessitatibus* si è concesso il diritto alle parti, nel fine di agevolare le convenzioni, di far sopravvivere all'estinzione del credito l'ipoteca, che n'era l'accessorio, come se fosse originariamente accessoria del credito, in che l'antico si è trasformato. È indifferente se i beni ipotecati sieno presso del debitore, o trasferiti ad un terzo possessore, imperocchè la riserva della ipoteca assicuratrice del nuovo credito rimane qual era, e nella data e nella estensione: e la trasformazione del credito non giova nè nuoce al terzo possessore; gli giova soltanto se il nuovo credito, in che l'antico si è trasformato sia di quantità minore dell'antico o di più lunga scadenza.

Nella novazione soggettiva, per la quale un nuovo debitore è sostituito all'antico, con riserva dell'ipoteca, l'antico è liberato dalla sola azione personale e non dall'ipotecaria, in modo che il nuovo debitore è obbligato personalmente e l'antico ipotecariamente.

Nè ciò è disforme dalla essenza della ipoteca, la quale può esser data da un terzo per assicurare la soddisfazione del debito altrui.

Le ipoteche primitive del credito, riservato dal creditore, non si trasferiscono sopra i beni del nuovo debitore (art. 1275), perchè questi beni per potersi ipotecare occorre la costituzione di una nuova ipoteca, la quale prende data dal dì della sua nuova

Digitized by Google

costituzione, legalmente pubblicata mediante la iscrizione. Nel quale caso il nuovo debitore è obbligato personalmente ed ipotecariamente sopra i beni da lui ipotecati, e l'antico solo ipotecariamente per virtù della ipoteca riservata contro di lui.

È gravissima quistione in Francia se nella novazione soggettiva fosse necessario l'assenso dell'antico debitore o del terzo possessore per potersi conservare integra l'ipoteca sopra i beni ipotecati. Due sono le ragioni principali, per le quali la gran maggioranza della scuola francese ritiene la necessità dell'assenso, sebbene sia con molta forza combattuta dal Toullier e dal Demolombe: la tradizione, e l'articolo 1276. Pothier, fondandosi sulla legge 30, D. de novat. di Paolo, XLVI, 2, ritiene che la traslazione delle ipoteche dall'antico al nuovo credito non possa farsi che col consenso della persona, a cui appartengono le cose ipotecate, non potendo il nuovo debitore, a cui queste non appartengono ipotecarle pel nuovo debito senza il volere di colui che ne è proprietario. D'onde segue, che se uno dei più debitori solidali contrae verso il creditore una nuova obbligazione e conviene nell'atto stesso, che le parti hanno inteso di far novazione del primo debito, colla riserva delle ipoteche, questa riserva non può avere effetto che per l'ipoteca dei beni di quel debitore, che contrae il nuovo debito, e non per le ipoteche dei beni degli altri debitori, non potendo i loro beni essere ipotecati per un nuovo debito (Obbligazioni, num. 599). I compilatori del Codice Napoleone dettarono i tre articoli 1278, 1279 e 1280, cui corrispondono i tre articoli del Codice italiano 1274, 1275 e 1276, secondo la dottrina del Pothier, del che è chiaro documento il contenuto nell'articolo 1280 (art. 1276 Cod. it.), relativo agli effetti della riserva dell'ipoteca rispetto ai creditori solidali, per la validità della quale è richiesto l'assenso dei medesimi.

Che, che sia dell'interpetrazione della legge di Paolo, la quale pare a noi che si riferisca al caso, che, operatasi la novazione senza riserva dell'ipoteca, si volesse posteriormente farla rivivere giusta la opinione del Toullier; tenuta ragione dei principii razionali e della lettera degli articoli; non possiamo accettare l'opinione della gran maggioranza della scuola francese.

L'articolo 1270 dice che la novazione, che si fa col sostituire un nuovo debitore, può effettuarsi senza il consenso del

Digitized by Google

primo; uniformemente al principio che *solutionem pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberare possumus:* L. 23 De resolut. XLVI, 3.

L'antico debitore è liberato del tutto, se non vi è riserva d'ipoteca: è liberato dalla sola azione personale, se v'è riserva: la parziale liberazione può farsi senza il suo consenso, non essendovi ragioni di chiederlo, perchè egli profitta sempre di una liberazione sebbene non sia totale. D'altronde la generalità delle parole dell'articolo 1270 e la generalità delle parole dell'articolo 1274 non possono ricevere una limitazione, quando la ragione non la impone. L'articolo 1276 contiene una disposizione speciale per i condebitori solidali, la quale non si può estendere all'antico debitore, pel quale v'è una disposizione generale contraria nell'articolo 1270.

Che anzi può trarsene un argomento contrario, perchè per modificare il principio di non essere necessario l'assenso dell'antico debitore per far continuare a rivivere l'ipoteca contro di lui, è stata necessaria una disposizione espressa per richiedersi l'assenso dei condebitori solidali, se alcuno di essi voglia, facendo novazione, liberarli, conservando viva la sola ipoteca: o liberazione totale, o niente, facendo rimanere il debito com'era. Non vale il dire che non possa esservi azione ipotecaria senza azione personale, poichè sebbene non vi è ipoteca senza credito, che ella deve assicurare, i debitori possono essere obbligati personalmente ed ipotecariamente; solo personalmente, o solo ipotecariamente.

Riteniamo adunque che nella novazione oggettiva e soggettiva la validità della riserva ipotecaria non dipende dall'assenso dell'antico debitore, cui appartengono i beni ipotecati o dal suo avente causa, terzo possessore dei medesimi (1).

2. B. *Colla distribuzione dell'immobile gravato* (2).

L'ipoteca è un diritto reale sopra beni immobili (art. 1964, 1967). Se l'immobile perisce, l'ipoteca si estingue. Se perisce in parte, si estingue per la parte. Così, per esempio, se una frana seppellisce l'immobile ipotecato, l'ipoteca si estingue in tutto.

---

(1) Contro Giorgi, Vol. VII n. 425.

(2) Questo modo di estinzione è omesso nel Codice francese.

Digitized by Google

Se un tremuoto fa cadere un casamento, o l'incendio lo consuma, l'ipoteca perisce in parte, continuando a sussistere su quello che rimane sopra l'area ed i ruderi, non sui materiali però, che cessando di formar parte dell'immobile son divenuti mobili.

3. A prevenire il danno, che provviene dal perimento o dalla deteriorazione degl'immobili son surte le società di Assicurazione.

Se l'immobile ipotecato è perito o deteriorato, il prezzo di assicurazione è *surrogato* alla cosa, ed è questo uno dei rari casi nei quali, secondo il Codice italiano, si riconosce la surroga reale. Tale principio è molto controverso nella scuola francese, la maggioranza della quale, non ammettendo la surroga reale, insegna che sul prezzo di assicurazione concorrono tutti i creditori con eguale diritto (art. 1949). Ma il Codice italiano ha fatto venir meno siffatta controversia, scrivendo l'articolo 1951. Se le cose soggette a privilegio od ipoteca sono perite o deteriorate, le somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati od ipotecari secondo *il loro grado*, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento—Gli assicuratori sono però liberati, qualora paghino dopo trenta giorni dalla perdita o dal deterioramento, senza che siasi fatta opposizione.

La espropriazione forzata per pubblica utilità per lo più mette fuori *commercio* l'immobile, il che equivale a parimento (art. 1299). Anche lo stesso articolo 1951 sancisce che son vincolate al pagamento dei crediti le somme dovute per detta causa, ed anche quelle dovute per servitù imposte dalla legge sopra l'immobile ipotecato.

Capace d'ipoteca è anche il solo usufrutto dell'immobile (art. 1967, n. 2). Esso si estingue colla morte dell'usufruttuario, collo spirare dello tempo, per il quale fu stabilito, col non usarne per lo spazio di trent'anni, col totale perimento della cosa sulla quale fu stabilito (art. 515). Estinto con tali modi l'usufrutto, si estingue l'ipoteca (1).

---

(1) *Sicut re corporali extinta, ita et usufructu extinto, pignus hypothecave perit.* L. 8, D. Quib. mod. pignus, vel hypotheca solvitur.

Digitized by Google

Si estingue l'usufrutto anche colla consolidazione, ossia colla riunione nella stessa persona della qualità di usufruttuario e di proprietario (art. 515). Se l'usufruttuario dell'immobile, di cui solamente l'usufrutto è ipotecato, ne diventa proprietario per qualunque causa, si estingue o pur no l'ipoteca, o pure si estende anche sulla nuda proprietà? Quistione è questa gravissima, sulla cui soluzione non è concorde la scuola.

Paolo (1) dice, che, se sia stata data in pegno la nuda proprietà, l'usufrutto, di cui si è accresciuta, sarà soggetto al pegno.

Ma non viceversa; Giuliano (2) dichiara che il legatario puro dell'usufrutto, il quale acquistò la proprietà del fondo, legata sotto condizione a Tizio, mentre ancora pendeva la condizione, lasciò estinguere il suo legato di usufrutto, perchè assorbito dalla proprietà, e che se dopo ciò la condizione imposta a Tizio si avveri, costui debbe avere il fondo in pieno e libero dominio.

Il Groevegen accusa questa legge d'iniquità. Ed il Voet aggiunge che cotale opinione, piaciuta a Giuliano per sommo rigore del diritto, difficilmente sarebbe accolta nei tempi moderni (3).

La scuola francese, rappresentata da Troplong, Grenier, Proudhon, Duranton, Pont, Aubry e Rau e Demolombe, insegna che l'acquisto della nuda proprietà dà parte dell'usufruttuario, non è causa legittima della estinzione dell'ipoteca sul nudo usufrutto, perchè non può far venir meno un diritto acquistato.

---

(1) L. 18, D. de pignor. act. XIII, 7 *si nuda proprietas pignori data sit, usufructus qui postea accreverit, pignori erit.* Leggesi nella l. 4. D. de jure dot, 23, 3: *Si proprietatis nudae in dotem datae usufructus accesserit incrementum, videtur dotis quemadmodum si quid alluvione, accessisset.*

(2) L. 17, D. *Quib. mod. ususf. vel usus amittitur. Si tibi fundi usufructus pure, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione dominium proprietatis acquisieris, deinde conditio extiterit,* PLENO JURE *fundum Titius habebit; neque interest, quod detracto usufructu proprietas legata sit, enim dum proprietatem acquiris, jus omne legati ususfructus amisisti.*

(3) Vol. 5, n. 1167.

Digitized by Google

Se dunque l'usufruttuario avesse ipotecato l'usufrutto, e la proprietà fosse stata gravata d'ipoteca dal nudo proprietario, i creditori garantiti dall'uno e dall'altra eserciteranno rispettivamente i loro diritti sull'uno o sull'altra, nonostante la consolidazione, che avrebbe luogo per la riunione dei diritti di proprietà e di usufrutto a favore dell' usufruttuario; e supponendo che il fondo in seguito fosse stato spropriato contro costui, i creditori dovrebbero essere anche pagati in preferenza, gli uni sul prezzo della nuda proprietà, e gli altri su quello dell' usufrutto; per la qual cosa sarebbe mestieri dividere in due porzioni il prezzo, per attribuirne una ai creditori dell' usufruttuario e l' altra a quelli del proprietario, nella proporzione del valore comparativo dell' usufrutto e della nuda proprietà.

Insegnano il contrario Martou e Laurent, entrambi della scuola belgica, ritenendo che l' usufrutto accrescendosi alla proprietà, l'ipoteca sull' usufrutto si estingue, sicchè quella sulla nuda proprietà si estende anche all' usufrutto.

All' opinione della scuola francese aderiscono il Pochintesta, il Pacifici-Mazzoni, e il Cannada-Bartoli; alla scuola belgica, il Chiesi.

Accettiamo l' opinione della scuola francese.

L' opinione di Giuliano si riferisce alle relazioni tra l' usufruttuario e il nudo proprietario. L'usufruttuario, cui è stato puramente legato l' usufrutto, divenuto proprietario, deve consegnare al proprietario condizionale, al momento, che si è verificata la condizione, il *plenum dominium*.

Il *plenum dominium* contiene l' usufrutto e la proprietà. Se comprende anche l' estinzione delle ipoteche impostevi dall'usufruttuario quando non era ancora divenuto proprietario, è per lo meno dubbio secondo questa legge, dubbio, che nasce dal principio, che il debitore non possa col suo fatto offendere il diritto acquistato dai terzi. Ma checchè sia di ciò, ancorchè la comprendesse, la decisione del diritto romano, poco rispettosa del diritto dei terzi, non può fornire oggi un argomento valevole in tutto ciò, che possa offendere i loro diritti.

La consolidazione, che avviene per fatto spontaneo dell'usufruttuario debitore, si deve avere come inesistente rispetto ai suoi creditori, pel principio che il fatto del debitore non può pregiu-

Digitized by Google

dicare al diritto del suo creditore. E deve dirsi lo stesso, se la consolidazione accada per ragioni indipendenti dalla sua volontà. L' usufrutto è riguardato rispetto all' ipoteca come una cosa corporale, distinta dalla nuda proprietà e non come accessione della medesima: per cui si è dichiarato sotto tale rapporto capace d' ipoteca, ancora quando l' usufruttuario acquistando la nuda proprietà, riunisca in sè il *plenum dominium*; sicchè, l'usufrutto se si estingue divenendo un' accessione della proprietà, ciò può valere, nelle reciproche relazioni dell' usufruttuario e del proprietario, ma nel rapporto del creditore ipotecario l' usufrutto continua a persistere, come cosa corporale distinta dalla nuda proprietà, nè si tramuta in accessione della medesima.

Sicchè l' ipoteca sul medesimo ed il trasferimento di esso vengon meno solamente, quando la prima si estingue per cause diverse dalla consolidazione, ed il secondo per difetto di trascrizione dell' atto traslativo, se precedentemente a questa l'usufruttuario lo abbia alienato ad altri, e ciò nel solo interesse del secondo acquirente. Onde opiniamo che l' usufrutto della proprietà altrui, estinto per consolidazione, conservando la sua qualità di cosa corporale distinta nelle relazioni tra il creditore ipotecario, l' acquirente ed il debitore, loro eredi ed aventi causa, continua ad essere vincolato verso il creditore ipotecario, il quale però non acquista alcun diritto sulla nuda proprietà.

L' usufrutto può cessare per l' abuso, che ne faccia l' usufruttuario, sicchè l' ipoteca viene anche ad estinguersi; ma i creditori possono convenientemente provvedere ai loro interessi (articoli 516 e 1980).

4. C. *Colla rinunzia del creditore.*

Tale modo di estinzione è conseguenza del principio che ciascuno, purchè non sia incapace, può rinunziare al diritto, che gli appartiene, a titolo gratuito od oneroso.

La rinunzia può essere totale o parziale; assoluta e relativa.

È totale quando si consente di estinguere l'ipoteca per l' intera somma e sopra tutti i fondi vincolati; è parziale quando si restringe sopra ad uno o più fondi, prosciogliendo gli altri, o pure si riduce la somma.

È assoluta, quando si consente rispetto al debitore, ed ai

Digitized by Google

suoi aventi causa, creditori ed acquirenti. Onde non si vuol confondere la rinunzia all' ipoteca colla rinunzia al grado.

Effetto dell' ipoteca è il diritto alla prelazione; l'ordine, col quale si esercita questo diritto fra i creditori, dicesi grado.

Quando si rinunzia al diritto di prelazione rispetto a tutti si rinunzia all' ipoteca che si estingue. Ma quando si rinunzia al solo grado, l' ipoteca non si estingue che a vantaggio esclusivo di coloro, in cui favore si è rinunziato, e si esercita invece il diritto di prelazione fra i creditori nell' ordine, che si è convenuto. Si riconosce negli usi, senza controversia, la rinunzia estintiva o abdicativa del grado, e la traslativa, che suole appellarsi cessione o permuta di grado. Di che abbiamo largamente discorso, in una nostra monografia: *Della cessione dei crediti* (1).

5. È quistione se la rinunzia possa farsi con atto unilaterale, da potersi rivocare se non sia stata accettata. Se la rinunzia è a titolo oneroso, la cosa corrispettiva, o l'obbligo di darla è accettazione della rinunzia; l'atto, che la contiene sottoscritto dai contraenti, benchè non sia in doppio originale, è efficace, perchè il Codice italiano non richiede che delle obbligazioni reciproche si facciano più originali da consegnarsene uno a ciascuno dei contraenti, non confondendo la validità della contratta obbligazione con la pruova della medesima. Ma se non è a titolo oneroso, la rinunzia è a guisa della donazione, e dice Strichio che *imperfecta et nondum acceptata quaelibet renunciatio invalida est atque infirma* (2). Ed a questa opione aderisce il Chiesi. Noi siamo col Troplong.

Il Codice italiano dispone che *tutti* gli atti di donazione debbono farsi con atto pubblico, e non producono effetto, finchè non sieno accettati, anche con atto pubblico (art. 1056).

Ma non tutti gli atti, con i quali uno intende procurare un vantaggio all' altro senza equivalente, son considerati come tali atti di donazione che ne debbano aver le forme.

Valga per esempio la rimessione, colla quale si scioglie un

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi, vol. I.

(2) Strichio, Vol. VII, disp. 24, cap. 6. II. 4 Chiesi, Vol. 5, n. 1152. Contra Troplong.

Digitized by Google

vincolo obbligatorio per mera liberalità senza riceversi un equivalente. Le rinunzie sono ad *instar donationis*, ma non sono donazioni formali. Quando son fatte per atto di spontanea volontà, non infette di errore, di dolo, o di violenza sono irrevocabili, e tutti possono profittarne.

La rinunzia può essere non solo espressa, ma anche tacita.

La Commissione senatoria al progetto dell'articolo aggiunse la parola *espressa*. Presa ad esaminare dalla Commissione coordinatrice questa modificazione, uno dei commissari, il de Foresta, espone che cotale aggiunta fu fatta in seguito ad un emendamento proposto da un senatore per troncare in senso negativo la grave quistione sorta in Francia, se potesse bastare per estinguere l'ipoteca anche una rinunzia tacita, purchè positiva e legalmente provata, avendo considerato la Commissione Senatoria, che le rinunzie non si debbono presumere, e devono risultare in modo esplicito; che d'altronde, ammettendo l'efficacia delle rinunzie tacite, si dà luogo a molte liti e pericolosi arbitrii.

E poteva aggiungere, che ciò facendosi sarebbero imitati i Codici di Sardegna (art. 2298), di Parma (art. 2249), di Modena (art. 2351) ed il Regolamento ipotecario pontificio (II, 116).

Ma la Commissione coordinatrice, senza contestare il merito delle considerazioni, che aveano indotta la Commissione senatoria ad accettare la detta proposta, non credè di poterla anch'essa ammettere, perchè possono esservi rinunzie, che, sebbene non sieno fatte in modo diretto e con parole esplicite, risultano bensì solo indirettamente da altri atti o convenzioni, ma in modo talmente certo ed evidente che sarebbe ingiusto e perfino immorale di non ammetterle o di lasciarle prive di effetto, spettando all'ufficio ed alla prudenza del giudice di non ammettere che quelle rinunzie, le quali non possono lasciare il menomo dubbio (1).

La dottrina del diritto romano dovè influire sul parere della Commissione coordinatrice, non avvertendo che il diritto dei terzi ne avrebbe ricevuto non lieve ferita. La cessione dei cre-

---

(1) Processi verbali Torino 1866; pag. 522.

Digitized by Google

diti ipotecari è divenuta con ciò vie più difficile e pericolosa tostochè la estinzione dell'ipoteca, della quale son forniti i crediti, non deve risultare da rinunzia espressa alla medesima, ma anche da atti e documenti, dei quali l'interpetrazione della rinunzia è affidata all'ufficio ed alla prudenza dei giudici e possono d'altronde essere ignoti al cessionario. Vi è l'azione di garentia contro il cedente, che ha taciuto l'estinzione dell'ipoteca, ma questa per la non solvenza del medesimo quasi sempre à sterile risultanza, e per lo più la cognizione dell'estinzione dell'ipoteca mediante tacita rinunzia si avvera dopo che si è pagato il prezzo. Che anzi nel rispetto dei terzi non solo non dovrebbe valere la rinunzia tacita, ma anche la espressa, se non dopo la sua pubblicazione.

Fra le regole di diritto romano, 158, si pone la seguente: *Creditor qui permittit rem venire, pignus dimittit.*

La quale regola di Gaio così è svolta da Ulpiano (1). Se nella vendita del pegno censentirà il creditore, o che il debitore permuti questa cosa, o la doni, o la dia in dote, dovrà dirsi che il pegno sia liberato; se pure non consentì alla vendita ed alle altre cose, *salvo restando la causa del suo pegno* poichè molti sogliono consentire, *salvo la causa del loro pegno*. E se anche il creditore stesso vendette, ma però fece in modo di non abbandonare il pegno, se non venga soddisfatto, dovrà dirsi che la eccezione non gli nuoce. Ma se non aveva permesso la vendita, ciò ancora dovrà approvarsi.

Marciano (2) scrive: « Se per volontà del creditore il fondo fu alienato, imprudentemente il creditore vorrebbe che questo gli resti soggetto quando però sia seguito l'effetto della vendita; poichè, se non fu venduto, l'aver voluto che fosse venduto non basta a respingere il creditore. Non sembra poi di aver consentito il creditore, se colla sua saputa il debitore vendette la cosa, mentre intanto la lasciò vendere, in quanto sapeva dovergli durare il pegno. Ma se mai sottoscrisse la scrittura della compra, *sembra* di aver consentito, se pure non apparisca chiaro

(1) L. 4, *Quibus modis pignus vel hypotecha solvitur.*
(2) L. 8, D. cod. tit.

Digitized by Google

di essere stato ingannato. Il che osservar si deve anche nel caso, che fu dato il consenso senza scrittura.

Nè a ciò si limitano gl' insegnamenti di Ulpiano e di Marciano e degli altri giureconsulti, i cui frammenti sono inseriti nel titolo *con quali modi si scioglie il pegno*, ed in altri titoli dei libri di Giustiniano, estendendosi ad esaminare, in quali casi rivive il pegno, se la cosa pignorata ed alienata ritorni nel possesso e nella proprietà del debitore per scioglimento della vendita, per mutuo consenso, per risoluzione, o per novello acquisto.

Modestino (1) dice: « Tizio aveva dato danaro a Seio ed avuto in pegno un fondo, il quale prima essendo stato obbligato alla Repubblica, il secondo creditore a questa pagò la somma dovutale, ma vi fu Mevio il quale diceva essergli stato obbligato il fondo prima che alla Repubblica. Ma Mevio nell'istrumento fatto colla Repubblica era intervenuto ed avea sottoscritto ; ad esso erasi per cautela affermato da Seio che a niuno altro il fondo era stato obbligato. Domando se Mevio abbia alcuna azione sulla cosa? Modestino rispose, che non può ritenere il pegno controverso colui, che vi consentì ».

Fatto dubbio, se il debitore obbligando il pegno ad un terzo col consenso del primo pegnorante , sia sciolto dal primo vincolo, Paolo rispose, sembrare che Sempronio più antico creditore consentendo che il debitore obbligasse la stessa cosa ad un terzo creditore abbia fatta remissione del pegno , nè il terzo è succeduto nel luogo di lui ; e perciò diventa migliore la causa del secondo creditore (2).

È questa la rinunzia estintiva.

Ma questa opinione sì assoluta di Paolo non è accettata da Marciano (3) il quale dice: « Se il debitore ha pattuito teco un'ipoteca, e poi col tuo consenso la pattuisca con un altro, il secondo deve essere preferito al primo. Giustamente si dimanda se pagato il secondo, sia tenuto per te. Si avrà a far poi la quistione di fatto anche nuovamente che cosa si è inteso fare, se

---

(1) L. 9, cod. tit.
(2) L. 12, cod. tit.
(3) L. 12 4, D. *Qui potiores.*

Digitized by Google

s'intese del tutto recedere dall'ipoteca, quando il primo creditore concesse al debitore di obbligare ad altri la cosa ipotecata, o nell'osservanza dell'ordine dovesse il primo creditore prendere il secondo luogo ».

In altri termini vi è stata rinunzia all'ipoteca sicchè questa è estinta, o pure una mera cassione di grado? (1).

Il Codice italiano altro non dice che l'ipoteca si estingue colla rinunzia.

La rinunzia non si presume, poichè non si può presumere che si rinunzi senza ragione ad un proprio diritto: è necessario che vi sia il consenso espresso o tacito. Se il creditore abbia tacitamente consentito alla estinzione dell'ipoteca in tutto o in parte, è una quistione di fatto, la cui estimazione è demandata alla sagacia ed alla prudenza dell'autorità giudiziaria.

Non essendosi dettata alcuna norma ai giudici per rispetto alla tacita rinunzia, può attingersi la medesima dall'art. 2112, relativo alla prescrizione, nel quale si dice: « La rinunzia alla prescrizione è espressa o tacita: la rinunzia tacita risulta da un fatto, il quale sia incompatibile colla volontà di valersi della prescrizione.

Il debitore può alienare l'immobile già ipotecato e può ipotecarlo ad altri senza il consenso del creditore ipotecario. Se il creditore ipotecario è intervenuto nell'istromento di alienazione dell'immobile ipotecato o di concessione di altra ipoteca, *facti quaestio agitanda est, quid inter eos actum sit;* come si esprime Marciano. L'intervento del creditore nella scrittura, non richiesto per legge, deve avere uno scopo.

Può essere quello di rinunziare del tutto all'ipoteca sopra tutti i fondi vincolati o pure solamente a quella, che è scritta sul fondo alienato; può permettere altra ipoteca, cedendo soltanto il diritto di prelazione ad altro creditore, che subentri nel suo grado, può avere inteso rinunziare del tutto all'ipoteca e può eziandio avere uno scopo diverso. L'esame del *quid actum* è devoluto all'autorità giudiziaria, la quale non deve essere fa-

---

(1) Mirabelli, Diritto dei terzi, Vol. 1, pag. 356, n. 18 dove ampiamente è trattata la materia delle *cessioni di grado.*

Digitized by Google

cile a presumere la rinunzia ad un diritto, ammettendola nel solo caso, che il fatto commesso dal creditore sia incompatibile col diritto di valersi in tutto o in parte dell'ipoteca. E tale non è il fatto, che il creditore abbia come testimone sottoscritto un atto, col quale si aliena o s'ipoteca l'immobile a lui ipotecato colla dichiarazione di essere franco e libero da ogni ipoteca, potendo non avere ben inteso quello, che vi si contiene.

6. D. *Col pagamento dell'intero prezzo nei modi stabiliti dalla legge nei giudizii di graduazione.*

È un modo di estinzione più largo di quello compreso nell'articolo 2180 del Codice francese, il quale si limita a disporre che la estinzione abbia luogo coll'adempimento delle formalità e condizioni prescritte ai terzi possessori per render liberi i beni da essi acquistati. Disposizione è questa incompleta; poichè la estinzione si opera parimenti coll'adempimento delle formalità e delle condizioni prescritte per la espropriazione forzata, per la espropriazione per pubblica utilità, per l'attribuzione delle indennità provenienti dalle assicurazioni degli immobili periti o deteriorati e dalle servitù dovute per legge.

Colla espressione usata dal Codice italiano si comprendono tutti cotesti modi di estinzione, poichè compimento delle rispettive procedure è il giudizio di graduazione, nel quale si distribuisce il prezzo proveniente dall'immobile alienato, perito o deteriorato, fra i creditori secondo il loro grado.

Onde le ipoteche si estinguono quando il prezzo, che si è surrogato all'immobile ipotecato, sia stato pagato conformemente a quanto dispone la procedura.

Si ponga mente alle espressioni, *nei modi stabiliti nei giudizi di graduazione.* Accade che, non ostante il pagamento dell'intero prezzo a chi ha ordinato l'autorità giudiziaria, la quale ha pronunziato la decadenza di *tutti* i creditori non comparsi e non collocati in grado utile, e le cancellazione delle rispettive iscrizioni, e dell'ipoteca legale iscritta a favore della massa dei creditori, non si estinguono tutte le ipoteche, se non sono stati *seguiti i modi stabiliti* dalla legge di procedura nell'interesse di tutti i creditori iscritti.

Il Codice di procedura dispone che la sentenza autorizzante la vendita dell'immobile deve dichiarare aperto il giudizio di

Digitized by Google

graduazione sul prezzo, per il quale saranno venduti i beni, ordinando ai creditori iscritti di depositare nella cancelleria le loro domande di collocazione motivate e i documenti giustificativi nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando. Onde questo deve essere notificato ai creditori iscritti, dovendosi in esso contenere l'ordine ai medesimi di depositare i loro titoli (articoli 667, 668).

Può essere stata fatta la intimazione nullamente, può non essere stata fatta del tutto. Il che avvenendo, può il compratore o l'autorità giudiziaria accorgersi dell'errore e farlo rettificare. Ma sovente l'immobile è pervenuto al debitore per successione, o pure a titolo particolare, già gravato di ipoteche legalmente iscritte e debitamente rinnovate. Intanto o per errore, o per ignoranza o per risparmio di spese, non sono presi i certificati delle ipoteche iscritte a carico degli autori, per cui non si sono intimati ai costoro creditori nè si son presentati tali certificati al giudice delegato per la graduazione. Il prezzo è distribuito ai creditori comparsi ed utilmente collocati, ai quali vien pagato dal compratore giusta le note di collocazione (articolo 718). Dopo di che il giudice emette l'ordine della cancellazione delle iscrizioni delle ipoteche dei crediti estinti, dei crediti decaduti e di quelli non utilmente collocati in grado utile e dell'ipoteca legale.

Ma quest'ordine è pronunziato dopo uditi i creditori comparsi nella graduazione non già i non *comparsi, purchè sia stato loro notificato il bando a norma dell'articolo 668.*

Con quest'ultima clausola è virtualmente imposto al giudice ed agl'interessati di esaminare, se il bando sia stato intimato a tutti i creditori iscritti risultanti dal certificato del conservatore presentato in graduazione, ed avvertitone il difetto disporre ad eseguirne la notificazione.

Ciò avvenendo, nascerà la quistione fra il compratore, che ha già pagato tutto il prezzo ed i creditori non comparsi, ai quali non è stato intimato il bando o nullamente intimato.

La quale quistione non può neanche nascere se in quel momento non si è operata la intimazione, per non essersi il difetto avvertito, o per non aver potuto operarsi, perchè non sono stati

Digitized by Google

presentati i certificati delle iscrizioni a danno di tutti i precedenti proprietari dell'immobile.

Le iscrizioni intanto dei creditori non comparsi risultanti dal certificato presentato, non intimati o nullamente intimati, saranno cancellate per ordine del giudice, e quelle risultanti dai certificati non presentati rimarranno ferme, perchè ignorate.

I creditori, che avevan diritto di essere citati, se sono stati omessi, avendo viva la iscrizione conservano la loro azione ipotecaria contro l'aggiudicatario, non potendo loro opporsi nè il giudizio di espropriazione, nè quello di purgazione, nè quello di graduazione; e possono anche opporsi di terzo alla sentenza di omologazione dello stato dei creditori ed agli atti posteriori, oltre l'azione del risarcimento dei danni contro l'istante, colpevole di aver omesso di estrarne e presentare i certificati d'iscrizione a danno degli autori del debitore, e di non averli intimati.

Non appartiene al nostro argomento l'esaminare quali sieno le conseguenze, che possono derivare da queste diverse azioni nei rapporti tra i creditori omessi, l'aggiudicatario, i creditori, cui è stato pagato il prezzo, e la parte istante autrice delle omissioni. Ci è bastato di far notare l'importanza, che tutti gl'interessati debbono porre a che le forme del procedimento sieno osservate e la diligenza, che si deve usare per la tutela dei propri diritti, e l'importanza della clausola dell'articolo *nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione.*

7. E. *Collo spirare del termine a cui furono limitate.*

Questo modo di estinzione è anche omesso nel Codice francese.

Ulpiano discorrendo della liberazione del pegno, dice: *Et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus* (1). *Questo caso si può verificare per lo più quando un* terzo dà un pegno o un'ipoteca per il debitore.

8. F. *Col verificarsi della condizione risolutiva, che vi fu apposta.*

---

(1) L. C. eod. tit. Nel § 468 del Codice austriaco leggesi. « Si estingue inoltre il diritto di pegno collo spirare del tempo, a cui fu limitato ».

Digitized by Google

Il Codice francese ha omesso questo modo di estinzione.

Se la concessione dell'ipoteca è stata condizionale è naturale che si estingua quando la condizione si è verificata. Come per esempio, se si è convenuto cessar l'ipoteca, qualora vi darò un fideiussore, o in pegno un libretto al latore sopra la Cassa di risparmio del Banco di Napoli di lire 10, 000. Ma la estinzione è *ex nunc*, non *ex tunc* secondo che la nuova garantia è per l'avvenire o per lo passato.

9. *Colla prescrizione.*

La più lunga prescrizione estintiva, secondo il Codice italiano si compie con trent'anni. Siccome l'ipoteca è un accessorio del credito, si compie la prescrizione nel momento, che si estingue il credito per prescrizione riguardo ai beni vincolati, che sono in proprietà del debitore. È dunque da consultare il titolo della prescrizione per sapere se concorrano tutte le condizioni richieste per la estinzione del credito mediante la prescrizione.

La prescrizione per acquistare un immobile può durare trent'anni, se non vi sia giusto titolo e buona fede. Si dispone che quando l'immobile è stato acquistato da un terzo mediante la prescrizione di trent'anni, anche l'ipoteca, che lo vincola si estingue. Onde bisogna consultare il titolo della prescrizione per conoscere in quali casi si possa acquistare un immobile colla prescrizione di trent'anni rispetto ai terzi, proprietari e creditori, e principalmente gli articoli 2121 e 2126, con i quali si è troncata una gran quistione, che divide la scuola e la giurisprudenza francese, e che noi abbiamo illustrati nel *commento sulla prescrizione* (1). La prescrizione di dieci anni, ammessa dal Codice francese, rispetto all'ipoteca contro i terzi possessori non è più ammessa.

10. Bisogna distinguere l'estinzione della ipoteca dalla nullità o dalla risoluzione di essa sia, per la inesistenza e la risoluzione del credito, che del dominio dell'immobile ipotecato.

Si estingue l'ipoteca quando essa è già nata, e vive e muore ne' casi determinati in questa sezione. Allorchè si annulla o si

---

(1) Mirabelli, Della prescrizione.

Digitized by Google

risolve, si considera non essere stata mai esistente, di non aver vissuto neanche per un momento. I casi, nei quali si annulla o si risolve, trovansi sparsi nel Codice, come per esempio nell'articolo 1976, che bisogna mettere in relazione coll'articolo 1933 n. 3, nuovo nel Codice italiano.

11. Come un credito estinto può rinascere, così rinasce anche l'ipoteca, che ne è l'accessorio.

Grave quistione è nella scuola francese se, rinascendo l'ipoteca, prenda grado dal dì del rinascimento e si retrotragga al dì, nel quale nacque, come se non si fosse estinta. Questa quistione è stata risoluta dall'articolo 2032 del nostro Codice. L'ipoteca ogni qualvolta rinasce, prende solamente grado dalla nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata. Ed è così salvaguardato il diritto dei terzi. L'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica colla iscrizione (art. 1965). Se il creditore soddisfatto ha omesso di rinnovare l'iscrizione o l'ha fatta cancellare, il danno derivante dall'essere stato imprevidente deve cadere sopra di lui non sopra i terzi.

Ma quando l'iscrizione dell'ipoteca estinta è stata conservata, quando rinasce, e quale sarà la sua efficacia? Vi è discordia nella scuola antica e moderna.

Il Codice Albertino ha l'articolo 2299, che tronca ogni quistione. « Il privilegio e l'ipoteca rinascono col credito allorchè il pagamento trovasi annullato per essere stato fatto con beni stati quindi evitti al creditore, *e per altra causa qualunque*. Ove però l'iscrizione nel caso contemplato in questo articolo o in quello di surrogazione fosse stata cancellata, o non fosse stata rinnovata nel termine fissato dalla legge, il creditore o quegli, che sarà surrogato non prenderanno grado che dalla data della nuova iscrizione ».

Il Codice italiano facendo tesoro di questa disposizione, ne ha migliorato il dettato compilandone due articoli.

Nell'articolo 2031 leggesi: « Le ipoteche rinascono col credito, se il pagamento vien dichiarato *nullo* ». Nell'articolo 2032 si aggiunge: « L'ipoteca ogni qualvolta rinasce, prende solamente grado dalla nuova iscrizione se la precedente non è stata conservata ».

La voce pagamento è presa in senso largo, di *solvere*,

Digitized by Google

qualunque sia il modo di estinguere un'obbligazione (1). Quando poi esso sia nullo, è dichiarato in altri luoghi nel Codice, che bisogna consultare. Se l'ipoteca si estingue col credito, è naturale che rinasca l'ipoteca insieme col credito, quando è stato dichiarato nullo il modo di estinzione.

Ma il suo rinascimento non può offendere il diritto dei terzi. Il rinascimento si retrotrae al tempo della prima iscrizione, se è stata conservata; ma, se essa è stata o cancellata o non è stata rinnovata, prende grado dal dì della nuova iscrizione, senza alcuna distinzione rispetto ai creditori, che hanno iscritto posteriormente alla decadenza o alla cancellazione della prima iscrizione, o pure anteriormente alla detta decadenza o cancellazione. I creditori posteriori alla decadenza o alla cancellazione non hanno ricevuto alcun danno, ma ne godono il beneficio, sul fondamento del quale han potuto regolare i loro interessi. Tale distinzione non può essere ammessa dopo la precisa disposizione dell'articolo 2032, colla quale si è decisa la quistione.

Già abbiamo accennato nel numero ventidue del capitolo relativo all'azione ipotecaria alla quistione surta intorno alla interpetrazione dell'articolo 2031; ed ora bisogna dirne qualche altra cosa, perchè la ristretta interpretazione fattane dalla Corte di Cassazione di Torino è stata accettata non solo dal Ricci, ma anche dal Giorgi (2) e dal Pacifici-Mazzoni (3): se ne allega così la ragione. *La datio in solutum* quando consiste nel dare *rem pro re o pro pecunia* esige che al creditore venga trasmessa la proprietà della cosa, mancando la quale condizione *la datio in solutum* al pari del pagamento è nulla (art. 1240): donde la conseguenza che se la cosa data in pagamento è evitta per azione revindicatoria, il pagamento fatto con essa essendo nullo, risorge il credito e l'ipoteca. Ma se l'evizione è effetto di azione

---

(1) L. 54 D. de Solut. et liberat. XLVI, 3: *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam.* L. 176 D. de verb. sign. *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet.*

(2) Vol. VII 301 e seg.

(3) Vol. 2, n. 88.

Digitized by Google

ipotecaria, non compete che la sola azione di garentia, non essendo applicabile l'articolo 1240, avendo il debitore trasferito al creditore la proprietà della cosa, per cui il pagamento non è nullo, e perciò non può essere applicabile l'articolo 2031; tanto più che il Codice italiano nel pigliar la disposizione dell'articolo 2299 del Codice Albertino, che comprendeva l'uno e l'altro caso, ne ha modificato la locuzione restringendola solo a quello relativo alla evizione derivante dall'azione revindicatoria.

Tale distinzione, che faceva l'antica scuola, accettando nel caso di evizione per rivendicazione la dottrina di Marciano (1) è quella di Ulpiano (2) se l'evizione accadesse per azione ipotecaria, (3) pare a noi non doversi accettare.

O che la evizione accada per azione revindicatoria o per azione ipotecaria, l'effetto è sempre lo stesso, cioè che il pagamento sia nullamente fatto, avendo nel primo caso il debitore consegnata la cosa altrui, e nel secondo la cosa propria, che poteva essergli tolta mediante l'esercizio dell'azione ipotecaria. In questo secondo caso il trasferimento della proprietà della cosa è stato condizionale; se la condizione si verifica, evincendosi la cosa coll'esercizio dell'azione ipotecaria, essa si retrotrae al momento della consegna della cosa, la quale ha cessato di esser sua: per cui il pagamento è diventato nullo.

Che nell'uno e nell'altro caso rinasce il credito e l'ipoteca appare dall'articolo 2017, nel quale il Codice italiano ha espresso che rinasce l'ipoteca del terzo possessore evitto coll'azione ipotecaria, assomigliando così l'evizione derivante dall'azione ipotecaria a quella, che è prodotta dall'azione revindicatoria, e rinasce nella sua integrità, perchè l'articolo finisce col dire che rivivono *come gli spettava prima del suo acquisto.*

L'articolo 2031 del Codice italiano, secondo a noi pare, rende più esatta e più semplice la locuzione dell'articolo 2299 del Codice Albertino. L'uno e l'altro articolo si riferiscono al caso, che il pagamento sia dichiarato nullo. L'Albertino aggiunge, *per essere*

---

(1) L. 46 D. de Solut. XLVI, 3.

(2) L. 24 D. de pign. actione, XIII, 7.

(3) Ant. Fabro: Rationalis ad Seg. 26 pr. D. de pignor. act: utile error. pragmat. decad. C. err. 8.

Digitized by Google

stato fatto con beni quindi evitti al creditore o per altra causa; l'italiano omette queste espressioni per lui inutili o restrittive per comprendere qualunque caso, nel quale il pagamento sia stato dichiarato nullo. La omissione non può ritenersi certo come restrittiva, tanto più che nell'articolo 2017 ne ha applicato il principio, facendo menzione espressa del risorgimento dell'ipoteca, nel caso di esercizio dell'azione ipotecaria e compiendo così la disposizione del Codice Albertino.

L'articolo 1929 dice: « Quando il creditore accetta volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale, il fidejussore resta liberato, ancorchè il creditore ne soffra in seguito l'evizione. È questa una disposizione speciale per il fidejussore per non esporlo ad un un regresso tardivo in caso di evizione, regresso, da cui non sempre potrebbe difendersi.

Se non risorge la fidejussione qualora il creditore è evitto risorge per contrario l'ipoteca se è stata conservata colla iscrizione; per l'uno è scritto l'articolo 1929; per l'altra, gli articoli 2017 e 2031.

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

Della Cancellazione delle iscrizioni

SOMMARIO

1. La cancellazione della iscrizione può operarsi per consenso delle parti interessate.
2. Non sempre importa rinunzia assoluta del diritto.
3. Può consentire chi è capace di alienare il diritto, che l'ipoteca iscritta garentisce.
4. Può operarsi la cancellazione per ordine dell'autorità giudiziaria divenuto irrevocabile.
5. In quali casi deve ordinarsi la cancellazione delle iscrizioni.
6. Come si esegue la cancellazione.
7. A chi deve intimarsi l'atto di citazione per le azioni relative alla iscrizione, alla riduzione ed alla cancellazione.
8. Quale il giudice competente a conoscerne?
9. Chi deve conoscere del rifiuto del conservatore a cancellar l'iscrizione.

1. Condizione essenziale, perchè l'ipoteca abbia effetto, è che sia resa pubblica, e si rende pubblica mediante l'iscrizione nell'uffizio delle ipoteche del luogo, in cui si trovano i beni vincolati (art. 1981).

Cancellar la iscrizione dai registri della Conservazione è togliere ogni effetto all'ipoteca; onde deriva che non possa operarsi alcuna cancellazione della iscrizione che in due soli modi, o col consenso del creditore, dei suoi eredi od aventi causa, o pure per ordine dell'autorità giudiziaria.

L'articolo 2033 vuole che la cancellazione sia consentita dalle parti *interessate* per esprimere che non sia necessario assolutamente il consenso del creditore iscritto e dei suoi eredi, essendo bastevole quello dei suoi aventi causa, come del cessionario e della persona surrogata.

Il consenso deve essere prestato con atto pubblico o con scrittura privata autenticata da notaio, od accertata giudizialmente (art. 1989). E se l'atto è seguìto in paese estero, deve essere legalmente legalizzato.

Digitized by Google

Colui, che rappresenta il creditore, sia mandatario, sia suo avente causa, deve dimostrare questa sua qualità anche nella stessa guisa, con atto pubblico, con scrittura privata autenticata o giudizialmente accertata, e se son fatti gli atti in paese estero, debitamente legalizzati; dappoichè l'atto, dal quale deve risultare il consenso, non è completo se il mandatario o il cessionario non dimostri in modo certo che egli sia mandatario o cessionario di colui, che presta il consenso. Niente sarebbe più disastroso che assumendosi una qualità, che non si abbia in una scrittura privata e facile ad esser supposta, si cancelli un'iscrizione con danno forse irreparabile del creditore, che non si è mai sognato di far simili mandati e cessioni (art. 1994 e 1995).

2. La cancellazione della iscrizione può essere consentita in tutto o in parte dal creditore, dai suoi eredi ed aventi causa sempre che loro piaccia. La medesima non importa sempre rinunzia all' ipoteca o riconoscimento del niun diritto alla medesima; potendo essere varie le cause che determinano l' interessato a far cancellare la iscrizione, non esclusa quella di dar la preferenza ad un credito altrui sopra il proprio sia a titolo oneroso che gratuito.

Come del pari la esistenza di un'iscrizione non importa che la ipoteca non possa essere o nulla, o ridotta, o estinta. Può dunque coesistere la nullità, la riduzione o l'estinzione dell'ipoteca con una iscrizione esistente e non ancor cancellata, salvo agl' interessati di domandar la cancellazione, se e quando piace. È poi una quistione di fatto il determinare quale sia il significato, che si deve dare alla cancellazione della iscrizione per consenso, secondo le circostanze.

3. La cancellazione totale o parziale dell' iscrizione è una alienazione o rinunzia, in tutto o in parte alla garantia che nasce dall'ipoteca iscritta.

Onde l' articolo 2034 stabilisce che quegli, il quale non ha la capacità per liberare il debitore non può consentire alla cancellazione, se non coll'assistenza delle persone il cui intervento è necessario per la liberazione. E l'articolo seguente aggiunge che il padre, il tutore ed ogni altro amministratore, ancorchè autorizzati ad esigere e liberare il debitore, non possono consentire

Digitized by Google

alla cancellazzione dell'iscrizione relativa al credito, se questo non viene soddisfatto.

E la soddisfazione deve avvenire nel modo stabilito dalla legge. Laonde, se si è capace a riscuotere le somme a condizione di un nuovo impiego, non si può consentire alla cancellazione, se non quando l'impiego sia stato fatto nei modi legali (articoli 225,296, 318).

4. L'altro modo col quale si può cancellare l'iscrizione, è l'ordine dell'autorità giudiziaria dato con *sentenza o provvedimento passati in giudicato.*

Non è concorde la scuola e la giurisprudenza in quanto alla significazione delle espressioni, *sentenze o provvedimenti passati in giudicato.*

Una sentenza, o un provvedimento può essere esecutivo, ma rivocabile per gravami ordinari e straordinari. Si possono dire passati in giudicato, se sieno esecutivi ma rivocabili?

Una sentenza di prima istanza può essere fornita di clausola provvisionale non ostante appello: può essere accettata dalle parti e però non essere soggetta all'appello. E ciò, che diciamo della sentenza, si deve applicare anche al provvedimento, decreto od ordinanza che sia, onde per brevità di locuzione faremo menzione solo della sentenza.

Se questà è dichiarata dalla legge inappellabile, o pure è stata accettata dalle parti, è esecutiva ed irrevocabile (art. 123 n. 1 dell'ordinamento giudiziario del 6 dicembre 1865: 465, 517 Cod. di proc. civ.)

Se nonchè la sentenza inappellabile può essere soggetta al gravame della revocazione in casi determinati (art. 495, 497 Cod. di proc. civ.)

Le sentenze di prima istanza fornite di clausola provvisionale e quelle di seconda istanza sono esecutive, ma rivocabili mediante i gravami (art. 465, 483, 514 e 520).

Leggesi nell'art. 561 Cod. di proc. civ. « Le sentenze soggette ad opposizione od appello che ordinano la rivocazione di un sequestro, la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria, un pagamento, o altra cosa da farsi da un terzo, o a suo carico, non sono esecutive per parte del terzo o contro di esso, se non si provi che non vi è opposizione nè appello, quantunque

Digitized by Google

fra le parti litiganti sieno state dichiarate esecutive provvisoriamente ».

Da ciò alcuni deducono che le sentenze di seconda istanza soggette ai gravami straordinari, fra le quali quelle, che ordinano la cancellazione d'iscrizione, sieno esecutive non ostante che pendano i termini del ricorso per rivocazione o per cassazione; chè, se altrimenti si fosse voluto disporre, si sarebbe prescritta la prova di non essersi prodotto alcun gravame straordinario, La espressione *giudicato*, usata nell'articolo 2036 non significa dunque *sentenza irrevocabile*, ma sentenza *esecutiva* nei termini dell'articolo 561 proc. civ.

Ciò a noi non pare.

L'articolo 561 si limita a disporre che una sentenza di prima istanza, eseguibile provvisionalmente, non possa eseguirsi contro il terzo durante il termine dell'opposizione ed appello: in guisa che, decorsi questi termini inutilmente, diventa esecutiva, e diciamo pure, diventa nello stesso tempo irrevocabile, poichè contro le sentenze inappellabili o non appellate, non vi è ricorso per cassazione, ed i termini per la rivocazione sono già decorsi.

Questo articolo non dispone del caso che siasi prodotto appello e della forza esecutiva delle sentenze di seconda istanza soggette ai gravami straordinarii: sono gli articoli 503, 515, 520, i quali prescrivono che i gravami straordinari non sospendono la esecuzione delle sentenze impugnate, *tranne i casi eccettuati dalla legge*. E questi casi eccettuati sono quelli, nei quali il Codice permette la esecuzione della sentenza solo quando la sentenza è divenuta *cosa giudicata*.

La cosa giudicata *pro veritate habetur* quando sia *irrevocabile* (art. 1350, n. 3, 1352). Se tale non sia ancora divenuta, sebbene si dichiari *esecutiva* non ostante i gravami straordinari, con i quali può essere annullata del tutto, si può avere come una verità *provvisoria*, come provvisoria *cosa giudicata*, ma non come cosa giudicata definitiva ed irrevocabile.

Quando la sentenza permette, comanda o vieta una cosa, la quale, eseguita, non può essere più restituita nel pristino stato, il Codice suole sospenderne la esecuzione, finchè la medesima sia divenuta cosa giudicata, sebbene abbia una grande appa-

Digitized by Google

renza di verità, perchè esaminato il fatto da due autorità giudiziarie diverse.

Così dicesi nell'articolo 90: « L'opposizione (al matrimonio) fatta da chi ne ha la facoltà, per causa ammessa dalla legge, sospende la celebrazione del matrimonio *sino a sentenza passata in cosa giudicata*, per la quale sia rimossa l'opposizione ».

Una sentenza di Corte di appello rimuove l'opposizione al matrimonio. Pendono tuttavia i termini del ricorso per cassazione, o pure esso è già prodotto e non discusso. In tale condizione di cose niun sindaco si crederebbe autorizzato a celebrare il matrimonio.

L'articolo 309 proc. civ. stabilisce che quando nel giudicare sulla querela di falso l'autorità giudiziaria abbia ordinato la soppressione o cancellazione in tutto o in parte, oppure la riforma o la rinnovazione di documenti dichiarati falsi, si sospende l'esecuzione di questo capo di sentenza, finchè sia scaduto il termine dell'appello, della rivocazione e cassazione, o finche la parte abbia espressamente accettata la sentenza.

L'articolo 844 Codice proc. civ. dispone che le sentenze, le quali pronunziano l'interdizione o l'inabilitazione, o la revoca dell'una e dell'altra, debbono essere pubblicate a cura del Pubblico Ministero, e si aggiunge *passate in cosa giudicata*, perchè la privazione totale o parziale dell'esercizio dei diritti civili deve essere stabilita irrevocabilmente per potersi annunziare ai terzi.

L'articolo 750 Cod. di proc. stabilisce, che non può eseguirsi l'arresto personale se non in forza di sentenza passata in cosa giudicata, o della quale sia stata ordinata espressamente l'esecuzione provvisoria quanto all'arresto, non ostante ricorso per cassazione o domanda per rivocazione, e mediante cauzione.

Qui è evidente la distinzione tra sentenza passata in cosa giudicata e sentenza provvisionalmente eseguibile.

L'articolo 1772 stabilisce che la transazione ha fra le parti l'autorità di sentenza divenuta irrevocabile; e l'articolo 1776 dichiara nulla la transazione di una lite, che fosse finita *con sentenza passata in giudicato*, della quale le parti o una di esse non avesse notizia. Qui sentenza passata in giudicato non può ritenersi quella, che è soggetta a ricorso, perchè vi è lite tuttavia pendente, che può essere causa di transazione.

Digitized by Google

La cancellazione di un'iscrizione può produrre un danno irreparabile, onde deriva la sanzione dell'articolo 2036 che il Conservatore non possa eseguire la sentenza, che la ordina, se non quando è passata in giudicato.

Si cita in contrario l'articolo 341 del Codice di procedura, nel quale dicesi che la perenzione nei giudizi di appello o di rivocazione dà forza di cosa giudicata alla sentenza impugnata, quando non ne siano modificati gli effetti da altra sentenza pronunziata nei detti giudizi.

Ma si fraintende il significato di detta disposizione. La sentenza, contro la quale l'appello o la rivocazione è dichiarata perenta, *diventa cosa giudicata,* perchè anche nel caso, che fossero tuttavia aperti i termini per gravami ordinari o straordinari, essa è giudicato, non potendosi più produrre nuovi gravami; ma ad una condizione che sia dichiarato perento l'appello. La sentenza, che ne dichiara la perenzione, può essere rivocabile od irrevocabile, esecutiva o non esecutiva, secondo i casi. Trattandosi di cancellazione d'ipoteca, la sentenza di appello, che ne dichiara la perenzione, essendo rivocabile finchè siano pendenti i termini del ricorso o, essendosi prodotto, non sia rigettato, non può essere esecutiva; così la sentenza di prima istanza diventa cosa giudicata quando sia divenuta irrevocabile la sentenza di seconda istanza, perchè in quel momento si verifica la condizione di essersi irrevocabilmente dichiarata la perenzione.

La scuola francese non può servire d'insegnamento nella soluzione della suddetta quistione, tra perchè confonde per lo più la sentenza passata in giudicato colla sentenza esecutiva, tra perchè l'articolo 2157 relativo alla cancellazione dice, che la esecuzione si operi in *vigore di una sentenza pronunziata in ultima istanza o passata in giudicato;* il che equivale a dire sentenza di prima istanza, accettata, o sentenza pronunziata in grado di appello, qualificandosi giudicato senza tenere alcuna ragione di gravami straordinari (1).

---

(1) Cassaz. Roma, 30 maggio 1876, 2 febbraio 1877. Cass. Napoli 18 giugno 1872, 27 febbraio 1875, 30 giugno 1868, *Contra* Bianchi, n. 130; Cuzzeri, art. 530, n. 1, Mattirolo Vol. 6, n. 678.

Digitized by Google

5. L'autorità giudiziaria può ordinare la cancellazione quando l'ipoteca non *sussiste o è nulla*. Tali espressioni dicono in sintesi quanto leggesi nell'articolo francese 2160: « I tribunali debbono ordinare la cancellazione, quando la iscrizione fu fatta senza esser fondata nè sulla legge, nè su di un titolo, o quando fu fatta in virtù di un titolo il quale sia o irregolare, o estinto, o soddisfatto, o quando i diritti di privilegio ed ipoteca son cancellati per vie legali ».

6. La cancellazione totale o parziale si esegue dal Conservatore in virtù dell'atto, che deve rimettere al suo ufficio chi la dimanda.

Oltre a ciò è sancito dall'articolo 2039, che se fu convenuto od ordinato, che la cancellazione non debba aver luogo che sotto condizione di nuova ipoteca, la cancellazione non deve essere eseguita, se non si fa constare al Conservatore che le condizioni si sono eseguite. Perciò deve essergli rimesso ancora l'atto di adempimento.

Il Conservatore esegue la cancellazione notando al margine della iscrizione il titolo, col quale è stata consentita od ordinata, la data dell'esecuzione e quindi sottoscrive (art. 2038).

A chi deve intimarsi la citazione nelle azioni relative alla iscrizione, alla riduzione ed alla cancellazione della iscrizione?

Quale è il giudice competente a conoscerne?

Come si può astringere il Conservatore a far la cancellazione, in caso di rifiuto?

A queste tre dimande rispondono gli articoli 1999 e 2039.

Se il giudizio è promosso dal debitore contro il suo creditore per la riduzione dell' ipoteca o per la cancellazione totale o parziale dell' iscrizione, il creditore deve essere citato nei modi ordinari stabiliti nel Codice di procedura civile, fra i quali vi è anche la notificazione al domicilio eletto (art. 140 Cod. di proc. civ.).

Se il giudizio è promosso da persona diversa dal debitore, la citazione *deve* intimarsi o alla *persona propria*, o *all'ultimo domicilio eletto*.

E, se non vi è domicilio eletto, o è morta la persona, o cessato l'uffizio, presso di cui il domicilio erasi eletto, le citazioni

Digitized by Google

e notificazioni possono farsi all'uffizio delle ipoteche, presso cui l'iscrizione fu presa.

È nata questione se altri, che non sia il debitore *debba* far la citazione in persona propria o all'ultimo domicilio eletto, sicchè sia nulla la citazione fatta nei modi ordinari prescritti dalle leggi di procedura.

La nullità par chiara guardando alla lettera della legge. *La citazione deve farsi*; *deve*, non *può*, e quando non possa farsi in persona propria o all'eletto domicilio, *può* farsi all'uffizio delle ipoteche, presso cui fu presa. La contrapposizione tra il *deve* e il *può* nei due casi diversi è manifesta. Solamente in questo secondo caso è data facoltà al richiedente di fare l'intimazione nei modi ordinari della procedura; nel primo la formola della legge è imperativa.

La detta quistione è fatta ancora dagli scrittori francesi, che illustrano l'articolo 2156, nel quale si dispone che « le azioni alle quali le iscrizioni potranno dar luogo, *saranno* promosse con citazione loro fatta personalmente o all'ultimo loro domicilio eletto nel registro, e ciò si osserverà non ostante la morte dei creditori o di quelli, presso i quali avranno eletti i domicili ». E la loro opinione non è concorde. (1)

Il Codice italiano ha fatto due modificazioni al Codice francese. Se il giudizio è promosso dal debitore contro il suo creditore, questi deve essere citato nei modi ordinari stabiliti dal Codice di procedura, e fra questi vi è anche quello della citazione al domicilio eletto, quando non fosse morta la persona, e non fosse cessato l'uffizio, presso cui ebbe luogo l'elezione (art. 140). Gli altri modi ordinari sono la citazione alla *persona* del convenuto, alla residenza, al domicilio, alla dimora, in ordine progressivo, e da ultimo la intimazione a domicilio ignoto. Se il giudizio è promosso da altri, la citazione *deve* farsi alla *persona*, e all'ultimo *domicilio*: fin qui vi è dunque una limitazione, non una agevolezza. L'agevolezza consiste nel dar loro la facoltà di poter fare la intimazione all'uffizio delle ipoteche,

---

(1) Sono per la libertà di scelta, DURANTON, n. 579, Troplong, n. 733—Contra PANNIER, n. 245, Ernst secondo il professore Van Hoogten e le Pandette francesi.

Digitized by Google

presso cui l'iscrizione fu presa, quando non si è eletto domicilio, o è morta la persona, o cessato l'uffizio, presso cui erasi eletto.

La ragione di tale differenza può trovarsi in questo, che a chi promuove il giudizio, che non sia il debitore, possa essere ignota la residenza, il domicilio e la dimora del creditore, nè sia facile conoscersi, onde gli si è data la facoltà di fare la intimazione all'uffizio delle ipoteche. Ma non si è estesa l'agevolezza fino al punto di dargli il diritto di scelta dell'intimazione speciale e quella nei modi ordinari fuori del caso, che non sia stato eletto il domicilio, morta la persona, o cessato l'uffizio, presso di cui fu eletto il domicilio. Il creditore, avendo eletto il domicilio nella giurisdizione del tribunale, da cui dipende l'uffizio delle ipoteche (articolo 1987, numero 2), ha dovuto provvedere alla sua difesa per ogni evento di giudizio. Dice il Pannier: « Le citazioni debbono essere lasciate alla persona del creditore o al suo domicilio eletto: dal che è mestieri conchiudere che, se fossero fatte al domicilio reale, senza essere rimesse alla persona del creditore, l'intimazione sarebbe nulla. Il legislatore ha potuto determinarsi per la ragione che il creditore ha contato sulla vigilanza raccomandata alla persona, presso la quale ha eletto il domicilio, e che non dovette aspettarsi, che si andasse a citarlo nel suo domicilio reale, dal *quale potrebbe allontanarsi* senza dare alcuna disposizione relativamente alle sue iscrizioni ».

8. L'azione, che si promuove contro il creditore iscritto dal debitore, o da altri, può avere per oggetto principale la dichiarazione della nullità della iscrizione, la riduzione o la estensione dell'ipoteca e la cancellazione dell'iscrizione, o pure questi possono essere oggetti secondari e conseguenza dell'esistenza, o della nullità, o dell'estinzione del diritto di credito.

Qualunque sia l'oggetto del giudizio, l'autorità giudiziaria competente a conoscerne è il pretore o il tribunale, secondochè il valore della dimanda non ecceda o ecceda le lire millecinquecento (art. 71 Cod. di proc. civ.).

Se l'azione ha per oggetto principale il credito e come conseguenza l'ipoteca e la sua iscrizione, deve introdursi innanzi al Pretore o al Tribunale competente a conoscere delle azioni

Digitized by Google

personali e reali sopra i beni mobili (art. 90, 91, 92 Cod. di proc. civ.), notando che il domicilio eletto produce l'effetto, che l'azione si possa proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui fu eletto (art. 95). Che l'azione sia mobiliare deriva dall'art. 418, il quale statuisce che sien mobili per determinazione della legge le azioni anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di danaro od effetti mobili.

Se poi l'azione ha per oggetto principale la iscrizione, la riduzione, la estinzione dell'ipoteca, o la cancellazione delle iscrizioni, l'azione è reale sopra immobili, tendendo a scioglierli da un vincolo, che li grava. Nè ciò contraddice a quanto dispone l'articolo 418, riguardando questo le azioni relative a somme od effetti mobili ancorchè sieno forniti d'ipoteca, mentre noi supponiamo che l'azione abbia per oggetto l'ipoteca iscritta, la riduzione, la estinzione e la cancellazione delle iscrizioni, indipendentemente dal credito, che garentisce. In tal caso l'azione deve promuoversi sempre innanzi al giudice, nella cui giurisdizione si trova l'immobile vincolato, sia perchè ivi deve essersi eletto domicilio, sia per le regole proprie della competenza relativa delle azioni reali su beni immobili (art. 93 e 95 Cod. di proc. civ.).

9. I conservatori rispondono della indebita cancellazione delle ipoteche (art. 2067); possono dunque rifiutarsi ad operarla per cause illegittime. Se ciò avviene, la parte richiedente può richiamarsene al Tribunale civile del luogo dove è sito l'uffizio, che provvede *in camera di consiglio*. Essendo il Conservatore un pubblico uffiziale, non si è voluto il procedimento dei pubblici giudizi. Ma si è conservata la garentia dell'appello e delle leggi generali, da conoscersi però in camera di consiglio.

Ma quando la domanda di cancellazione è stata proposta in contraddittorio degl'interessati, o pure sulla domanda diretta contro il Conservatore, il tribunale creda doversi chiamare le persone, che si credono interessate, deve aver luogo il pubblico giudizio osservando le norme del giudizio sommario.

Digitized by Google

CAPO NONO

Degli Uffizi d'Ipoteche

SOMMARIO

1 Ordinamento degli uffizi delle ipoteche.
2. Officii del Conservatore delle ipoteche.
3. Quali registri deve tenere per legge.
4. Quali per regolamento.
5. Se il Conservatore possa fare operazioni per sè stesso.
6. Gli atti dei conservatori sono atti pubblici.
7. Il Conservatore non può rifiutarsi a compiere le operazioni richieste dalle parti: casi, nei quali il può o il deve.
8. Il Conservatore deve rispondere dei danni: modo come liquidarli;
9. Tale domanda non esclude l'esercizio degli altri diritti contro il Conservatore.
10. Disposizione speciale del Codice francese e della legge belga abolita dal Codice italiano.

1. La necessità della trascrizione e della iscrizione di alcuni atti, dell'annotazione in margine o in calce delle medesime e della loro cancellazione, ha imposto la creazione di diversi uffizi, distribuiti nei capoluoghi di province o dove han sede i tribunali, denominati *Uffizi* d'ipoteche o di Conservazione d'ipoteche. Il regio decreto del 13 settembre 1874, che approva il testo unico delle Leggi sulle tasse ipotecarie e sugli emolumenti dovuti ai Conservatori delle ipoteche, ne ha regolato l'ordinamento. Ogni uffizio ha a capo un funzionario governativo denominato Conservatore delle ipoteche, cui è data la facoltà di nominare un commesso gerente da riconoscersi dall'intendente di Finanze, nella cui giurisdizione esiste l'uffizio d'ipoteche, per supplirlo nel caso di assenza debitamente autorizzata o di legittimo impedimento. Può anche nominare e rimuovere impiegati amanuensi ed inservienti, partecipandone la nomina ai Ministri di Grazia e Giustizia e a quello del Tesoro. Ma in tutti i casi è ferma la responsabilità del Conservatore, salvo il regresso contro il Commesso gerente, o altri impiegati da lui nominati, e che non

Digitized by Google

sono funzionari governativi (art. 20). Onde il Conservatore delle ipoteche presta due distinte cauzioni, una nell'interesse dell'Erario, e l'altra nello interesse del pubblico (art. 28, Cod. pen.) e dipende da due Ministri, da quello di Grazia e Giustizia per quanto concerne l'esercizio delle funzioni e l'adempimento degli obblighi a lui attribuiti dal Codice civile, e dal Ministero del Tesoro sotto ogni altro riguardo (art. 21).

La trascrizione e la iscrizione di un atto non ne sana i vizi nè intrinseci, nè estrinseci, ma servono solamente a dar pubblicità al medesimo. Il perchè il Conservatore, tranne i pochi casi, nei quali è chiamato a conoscere della forma di taluni atti espressamente designati dalla legge, non giudica, ma esegue le operazioni, che la legge ed i regolamenti gl'impongono secondo le norme da essi stabilite, e risponde dei danni, che arreca ai privati nel compiere la sua funzione. Ciò spiega perchè il titolo XXV abbia per epigrafe: *Della pubblicità dei registri, e della responsabilità dei Conservatori.*

2. È officio del Conservatore:

a) Iscrivere le ipoteche, copiando nel registro per le iscrizioni una delle note a lui presentate.

b) Trascrivere gli atti soggetti a questa formalità, copiando nel Registro per le trascrizioni una delle note correlative al titolo, che si presenta.

c) Fare le annotazioni al margine o in calce delle iscrizioni e delle trascrizioni, e trascriverle nel registro delle annotazioni.

d) Dare copia, a chiunque ne faccia richiesta, delle trascrizioni, delle iscrizioni o delle annotazioni o il certificato, che non ve n'è alcuna.

e) Dare copia dei documenti, che sono depositati presso di lui in originale, o i cui originali sono depositati negli atti di un notaio in un pubblico archivio fuori la giurisdizione del tribunale, da cui esso dipende.

f) Permettere l'*ispezione* di detti registri nelle ore fissate dai regolamenti, e non permettere ad alcuno di prendere copia delle iscrizioni, trascrizioni ed annotazioni (1).

---

(1) È un provvedimento puramente fiscale.

Digitized by Google

3. Il Conservatore deve tenere per legge i seguenti registri:

a) Registro generale o sia d'ordine, in cui generalmente annota al momento della consegna ogni titolo, che gli viene presentato per la trascrizione iscrizione od annotazione.

Questo registro diviso in altrettante colonne deve esprimere il numero d'ordine, il giorno della richiesta, la persona dell'esibitore, e quella, per cui la richiesta vien fatta, i titoli presentati colle note, l'oggetto, vale a dire se per trascrizione, iscrizione o annotazione, e le persone, rispetto alle quali devono farsi.

Appena seguìta la consegna di un titolo, di un atto o di una nota, il conservatore ne darà ricevuta in carta libera all'esibitore senza spesa: la ricevuta conterrà l'indicazione del numero d'ordine (art. 2071).

È quasi impossibile che il Conservatore possa trascrivere iscrivere ed annotare nei rispettivi registri per le trascrizioni per le iscrizioni e per le annotazioni una delle note al momento medesimo, nel quale si presentano i titoli, gli atti, o le note, tra perchè l'opera del Conservatore non si può compiere in breve tempo, e perchè gli uffizi d'ipoteche non sono disseminati nei comuni, nei mandamenti, o nei circondari, ma concentrati per lo più nei capoluoghi di provincia: basta dunque che nel *momento* della consegna la segni immediatamente sul registro, con un numero d'ordine progressivo. Onde cotal registro generale o d'ordine serve a determinare con precisione il *momento* della richiesta; sicchè il Conservatore deve, nei registri rispettivi per le trascrizioni, le iscrizioni e le annotazioni, seguire il numero d'ordine di questo registro generale.

Si è mossa quistione se l'annotazione del Registro generale debbe prevalere a quella contenuta nei Registri speciali, nel caso di difformità fra loro.

Questa difformità può consistere o nell'iscrivere, trascrivere od annotare in una data diversa da quella indicata dal registro generale, o con numero d'ordine diverso, o pure se, essendovi identità nella data e nel numero d'ordine, non siasi operata la iscrizione, la trascrizione o l'annotazione su i registri speciali nel luogo proprio; poichè nei medesimi debbono essere rigorosamente osservate le serie delle date, dei fogli e dei numeri d'ordine (art. 2073).

Digitized by Google

Nel caso che la difformità consista nelle date, o nel numero il contenuto nel registro speciale deve prevalere a quello, che è indicato nel registro generale; perchè dai registri speciali si levano le copie delle iscrizioni, delle trascrizioni e delle annotazioni richieste dalle parti, che facendo piena fede servono ad esse per le contrattazioni e per i giudizii. Non è già che fosse vietato alle parti di fare la ispezione del registro generale e chiedere un certificato del contenuto, ma ciò può servire per provare la responsabilità del conservatore, qualora avessero ricevuto danno dalla difformità, ma non può avere alcuna efficacia verso i terzi.

Nel secondo caso v' è contravvenzione alle regole relative alla tenuta dei registri, per cui è applicabile al Conservatore la multa estendibile a 2000 lire (art. 2075).

b) I registri:

Per le trascrizioni;

Per le iscrizioni soggette a rinnovazione;

Per le iscrizioni non soggette a rinnovazione;

Per le annotazioni.

Tutti questi registri compreso quello d'ordine o generale, sono vidimati in ogni foglio dal presidente o da un giudice del tribunale, nella cui giurisdizione è stabilito l'uffizio, indicando nel relativo processo verbale il numero dei fogli ed il giorno, in cui sono stati vidimati.

Tali registri sono scritti di seguito senza lasciare spazi in bianco nè interlinee e senza aggiunte: le cancellature di parole devono essere approvate dal Conservatore in fine di ciascun foglio colla sua firma e coll' indicazione del numero delle parole cancellate —Sono alla fine di ciascun anno chiusi e firmati dal Conservatore.

In essi si deve rigorosamente osservare la serie delle date dei fogli e dei numeri d'ordine.

I registri sopra cennati non possono mai esser levati dall' uffizio del Conservatore, fuorchè per ordine di una Corte di appello, quando ne fosse riconosciuta la necessità e mediante le cautele, che verranno determinate dalla stessa Corte (articolo 2074).

Onde non può il tribunale anche nel caso di verificazione

Digitized by Google

di scrittura o di querela di falso ordinarne il trasporto nella cancelleria giusta gli art. 287 288 e 302 del Cod. di proc.

4. Il regolamento dei 25 settembre 1890 dispone che negli uffizi delle ipoteche, oltre i registri prescritti dal Codice civile, debbono tenersi i seguenti:

1. Repertorio dei debitori;
2. Repertorio dei creditori;
3. Repertorio per le trascrizioni;
4. Tavola alfabetica dei debitori, creditori e delle persone, a favore delle quali e contro le quali si operano trascrizioni;
5. Rubrica alfabetica dei cognomi;
6. Registro degli emolumenti.

Sono poi da consultarsi le istruzioni dei 30 dicembre 1865 date ai conservatori delle ipoteche per l'eseguimento del nuovo sistema e le altre posteriormente emanate, raccolte, per quanto si sappia, da Luigi Manzitti (1).

5. La scuola e la giurisprudenza ha esaminato il seguente quesito: Può il conservatore fare atti, quando vi ha interesse personale, vale a dire, può prendere iscrizione a favore o contro sè stesso, fare trascrizioni ed annotazioni per sè stesso e rilasciarsi dei certificati?

Non vi è legge, che dichiari la sua incompatibilità a fare atti, che riguardano il proprio interesse. Egli non può assomigliarsi ad un notaio, ad un usciere o ad altro pubblico uffiziale. Costoro creano con i loro atti titoli a sè stessi. Il conservatore non crea nessun titolo, ma li manifesta al pubblico; la pubblicità non fa titolo per sè stessa; previene solamente i terzi dell'esistenza dell'atto, che può riguardarli, salvo il loro diritto ad impugnamento. Può il Conservatore nel compiere l'ufficio per sè stesso non osservare la legge, ed i terzi procedono contro di lui, se ne hanno ricevuto pregiudizio, per avere contravvenuto alla legge; ma non possono però far dichiarare nullo l'atto, sol perchè dal Conservatore si è eseguito per sè stesso, o per i suoi più stretti parenti.

Per verità non pare conveniente che il Conservatore, spe-

---

(1) Napoli casa Editrice E. Pietrocola, 1890.

Digitized by Google

cialmente nel dare le copie o i certificati contro sè stesso o a suo favore, non si dichiari impedito e li faccia spedire da chi legalmente lo supplisca; ma altra è la quistione di convenienza, altra quella della nullità dell'atto, che egli compie. Se l'astenersi è cosa commendevole, non può dirsi nullo l'atto, a cui procede, perchè la legge non glielo vieta. Se il Conservatore abusa del suo uffizio, chi vi ha interesse, che ne riceve o ne ha ricevuto danno, può impugnare l'atto purchè irregolarmente formato. Può avere il Conservatore un Commesso gerente, ma questi è un impiegato non governativo, da lui nominato, e dei cui atti egli risponde. Sicchè per la garentia delle parti deve essere indifferente che le operazioni sieno nell'interesse del Conservatore fatte da lui o dal Commesso gerente.

La quistione non pertanto è variamente risoluta dalla scuola e dalla giurisprudenza (1), ma nella gran maggioranza si segue l'opinione che il Conservatore farebbe bene ad astenersi, ma non astenendosi non commette un atto nullo. E la giurisprudenza segue la maggioranza.

La Corte Suprema di Napoli con decisione del 27 luglio 1883 di annullamento ritenne che i Conservatori possano prendere iscrizione a proprio vantaggio, non potendosi assomigliare ai notai, agli uscieri ed ai tutori; perchè se costoro potessero stipulare atti per sè e pei congiunti, la frode e gl'inganni sarebbero inevitabili, mentre i Conservatori non hanno alcuna influenza nello stabilire il grado dei privilegi e delle ipoteche, avuto riguardo al modo come debbono essere tenuti i registri.

6. I registri dei conservatori sono *atti pubblici*, perchè essi sono uffiziali pubblici autorizzati a far fede di determinati fatti con forme determinate dalla legge (art. 1315). Ed è questa la ragione, per la quale si è nel Codice sancita con grande esattezza l'uffizio del Conservatore ed il modo come debbono essere tenuti i registri, ed essere riferite nei medesimi le iscrizioni, le trascrizioni e le annotazioni.

Contro ciò, che risulta dagli atti del Conservatore, attinenti

---

(1) Laurent, Martou, Aubry e Rau: contra Persil, Troplong.

Digitized by Google

al suo uffizio, non vi è altro mezzo d'impugnamento che la querela di falso civile e penale.

La quale opinione è ammessa da parte della scuola, che sopra tale controversia emette il suo avviso (1).

7. Il conservatore non può, *in verun caso* e neppure sotto il pretesto d'irregolarità delle note, ricusare o tardare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di fare le trascrizioni iscrizioni e le annotazioni, nè di spedire le copie ed i certificati sotto pena del risarcimento dei danni alle parti. A tale effetto possono le parti fare stendere immediatamente gli opportuni verbali da un notaio o da un usciere assistiti da due testimoni (articolo 2069). E l'articolo 39 della legge dei 13 settembre 1874 aggiunge che il Conservatore, ove la parte lo esiga, è obbligato di rilasciare dichiarazione del giorno, in cui essa ha prodotta la dimanda verbale o scritta di certificati o di copie, o ha presentato titoli, atti o note, che il Conservatore ricusa o ritarda di ricevere. Questa dichiarazione sarà rilasciata in carta libera.

Il Codice francese nell'articolo 2199 ha una locuzione diversa da quella del nostro articolo, ivi leggendosi: *al quale effetto sulla istanza del richiedente si estenderà, senza dilazione, processo verbale del rifiuto o del ritardo ecc.*

E da ciò argomenta la scuola francese che l'unico modo come provare il rifiuto o il ritardo sia questo processo verbale compilato dal pubblico uffiziale, dichiarato competente.

Ma avendo il nostro articolo 2069 sostituito le parole *a tale effetto possono le parti* ecc. non esclude che le parti possono servirsi di ogni genere di pruova secondo le regole generali stabilite intorno alla prova delle obbligazioni ed alla loro estinzione.

I Conservatori adunque non sono giudici della legalità e correttezza degli atti per i quali è richiesto il loro uffizio. Essi devono eseguire le iscrizioni, le trascrizioni e le annotazioni sopra i titoli esibiti, lasciando alle parti interessate d'impugnarne la legalità.

Se non che vi sono dei casi, nei quali *possono*, o nei quali *debbono* rifiutarsi.

---

(1) Laurent, n. 589, Vol. XXXI.

Digitized by Google

Possono rifiutarsi di ricevere le note ed i titoli, se non sono in carattere intelligibile, il che impedirebbe di compiere il loro ufficio (art. 2069).

Non *possono* ricevere i titoli, quando non hanno i requisiti voluti dagli articoli 1935, 1978, 1989 e 1990, vale a dire se i titoli non sieno autenticati o giuridicamente riconosciuti, e qualora sono seguiti in paese estero, non sieno debitamente legalizzati.

Non possono eseguire la cancellazione delle iscrizioni, trascrizioni ed annotazioni senza la presentazione dell'atto contenente il consenso delle parti interessate nelle forme determinate dalla legge o di una sentenza irrevocabile (art. 1945, 2033 e seguenti).

Non possono ricevere alcuna domanda di trascrizione e d'iscrizione, se non nelle ore determinate dal regolamento, nelle quali l'uffizio è aperto al pubblico (1).

Se nonchè si domanda, se il Conservatore contravvenendo alla legge, faccia quello, che gli è vietato di fare, l'atto sia valido o nullo.

Sopra di che non si può rispondere senza qualche distinzione.

Se trascriva una scrittura privata non autenticata o legalizzata, o pure procede ad iscrizione od annotazione in virtù della medesima, la trascrizione, l'iscrizione e l'annotazione è nulla come si è ampiamente ragionato nel Capo terzo sulle iscrizioni.

Se opera delle cancellazioni in difformità di quanto si dispone nell'articolo 2033, le cancellazioni debbono dichiararsi inefficaci.

Ma non pare che possono dichiararsi nulle le iscrizioni, le trascrizioni ed altre operazioni prese per domande ricevute fuori le ore di apertura dell'uffizio, salvo i provvedimenti disciplinari contro il Conservatore contravventore.

---

(1) Gli uffici delle ipoteche debbono rimanere aperti al pubblico, senza interruzione, dalle ore nove antimeridiane, nei giorni feriali, e dalla ore nove antimeridiane al mezzodì nei giorni festivi. — L'orario sopra stabilito deve essere affisso alla porta d'ingresso dell'ufficio: art. 10 del regol. del 25 settembre 1890.

Digitized by Google

8. I conservatori son tenuti di conformarsi nell'esercizio delle loro incombenze a tutte le disposizioni del titolo XXIV del libro terzo del Codice ed alle altre disposizione delle leggi, che li riguardano, sotto pena di una multa estendibile a lire duemila (art. 2075).

E sono risponsabili per danni risultanti:

1. Dall'omissione nei loro registri delle trascrizioni, delle iscrizioni e delle relative annotazioni, come pure degli errori incorsi in tali operazioni;

2. Dall'omissione nei loro certificati di una o più trascrizioni, iscrizioni od annotazioni, come pure dagli errori incorsi nei medesimi, *salvochè l'omissione o l'errore* provenga da indicazioni insufficienti, che non possono venir loro imputate;

3. Dalle cancellazioni indebitamente operate (art. 2067.)

Oltrechè la pruova delle omissioni e degli errori commessi può risultare dall'esibizione della nota restituita ai richiedenti giusta gli articoli 1939 e 1988, possono questi valersi della procedura stabilita nel Codice di procedura per la collazione degli atti pubblici, articoli 918 e seguenti, ove occorra. E sul proposito l'articolo 2068 dispone, che nel caso di qualunque diversità tra i risultati dei registri e quelli delle copie e dei certificati rilasciati dal Conservatore, si starà ai risultati dei registri (art. 2068).

Se l'omissione o le inesattezze provvengono non da colpa del Conservatore ma dalle indicazioni insufficienti date dai richiedenti, o pure non abbiano prodotto danno, il Conservatore non deve rispondere dei danni, ma solo può essere sottoposto, qualora ne sia il caso, per contravvenzione alle leggi, alla multa di lire duemila, giusta l'articolo 2075.

Nacque grave controversia presso i tribunali di Napoli della responsabilità del Conservatore nel caso dell'ommissione in una copia complessiva di una iscrizione, quando il creditore iscritto comparso nella graduazione ne fu escluso, perchè non iscritto, mentre avrebbe potuto essere ammesso esibendo la nota, che il Conservatore gli aveva rilasciato giusta l'articolo 1988. La diversità del giudicare giunse a tale, che secondo la legge del tempo la Corte Suprema dovè elevare il dubbio di legge, che fu deciso con regio decreto del dì 2 giugno 1845 che qui trascriviamo:

Digitized by Google

« Sul dubbio di legge proposto dalla Corte Suprema di giustizia di Napoli nella causa tra l'amministrazione del demanio pubblico e D. Aniello Cappelli, Conservatore della provincia di Napoli, se i creditori omessi nei certificati complessivi, che diano i conservatori delle ipoteche pei giudizi di graduazione, godono l'azione di garantia contro i Conservatori, giusta l'articolo 2098, n. 2 delle leggi civili (2067 n. 2), anche quando comunque omessi, vengono citati a produrre nelle graduazioni e ne rimangono esclusi sol perchè lascino di esibire il certificato della rispettiva iscrizione ipotecaria legalmente presa.

Viste le decisioni in opposto senso pronunziate dalla G. Corte civile e dalla Corte suprema di giustizia di Napoli sulla esposta specie;

Visto l'articolo 2098 n. 2 per la responsabilità dei conservatori.

Visti gli articoli 1100, 1328, 1335 1337 delle leggi civili, che determinano la responsabilità verso i terzi per inadempimento di debito o per mal fatto;

Visti gli articoli 836 e seguenti della legge di procedura civile, ed i correlativi articoli 161 e seguenti della legge dei 29 dicembre 1828 per la produzione ed uso dei certificati collettivi delle iscrizioni nelle graduazioni;

Viste ancora le L. 11, ff. e 20 Cod. de *negotiis gestis*, ed il § 1, *Inst. de oblig. quae ex quasi contractu*, e la legge 154 *de reg. jur.* contenenti i principi di ragion civile applicabile alla soggetta specie;

Visto il parere della Consulta generale del regno;

Considerando in particolare essere i Conservatori uffiziali pubblici essenzialmente responsabili verso le parti pel compimento dei loro atti e come tali tenuti per obbligo del proprio ministero ad usare la massima deligenza nel trattare gli affari altrui alla loro gestione commessi;

Costituire la omissione di un creditore nei certificati complessivi colpa grave ed assoluta a carico dei conservatori medesimi;

Non potersi questa colpa compensare con la poca diligenza del creditore nel sostenere nel giudizio la propria ragione: imperciocchè non è pari la causa di entrambi intorno alle condi-

Digitized by Google

zioni ed ai doveri reciproci tra il conservatore delle ipoteche ed il creditore omesso;

Importare d'altronde alla pubblica fede, obbietto di universale interesse da prevalere al privato, che si serbi salda la guarentigia imposta dalle leggi ai conservatori, sulla quale fondasi tutto il reggimento ipotecario:

Art. 1. Dichiariamo non rimanere il Conservatore delle ipoteche discaricato della responsabilità impostagli dall'art. 2096, n. 2 delle leggi civili per la omissione d'iscrizioni nei certificati ipotecari complessivi, anche quando il decreto omesso sia stato citato nella graduazione, ma ne rimanga escluso per non aver prodotto il certificato di sua iscrizione utilmente preso e per non essersi opposto alla nota da cui veniva escluso *(Public. a 21 giugno 1845)* ».

Nacque pure controversia intorno al modo come avesse a definirsi il danno nel caso seguente, per quanto può desumersi dalla sentenza del 27 maggio 1862. Si era mutuata la somma di ducati 4006,03 sulla fede di un certificato, nel quale si era omessa un' iscrizione o pure (ciò non apparisce chiaro) si era omessa l'enunciazione del fondo o de' fondi ipotecati al mutuante.

Il medesimo aveva già ottenuto contro il debitore l'abbreviazione del termine per diminuzione di cautele, e domandava contro il Conservatore il risarcimento del danno, che faceva consistere nel pagamento della somma mutuata. La G. Corte civile, in difformità della sentenza del tribunale, il quale avea dichiarato doversi attendere il giudizio d'ordine, glielo avea concesso, ma la Corte Suprema annullò la decisione con sentenza del 27 maggio 1862. Essa cominciò dal ricordare le disposizioni della legge Aquilia; *Damnum si sit datum de praesenti alicujus culpa, et aestimatio interesse venit de futuro, statim potest agi et condemnatio fieri, si de morte testium dubitatur; sed exactio condemnationis differtur.* Considerò poi, che dovendo la esistenza della quantità del danno consistere nella *incapienza* totale o parziale del credito per effetto della omissione, non potesse altrimenti determinarsi che nella sede della graduazione, condizione non ancora verificata. E, comechè si possono e talvolta si debbono estimare danni futuri come sarebbero per i figli dell'ucciso certi danni dell'omicidio, pure un'estimazione di questo genere, affidata

Digitized by Google

tutta all'arbitrio del giudice, non aveva nulla di comune col danno giuridico derivante da un giudizio *sui generis*, i cui risultamenti non sono nè preveduti, nè prevedibili e spesso deludono i migliori calcoli secondo il tristo e non bugiardo proverbio; *habent sua sidera causae*. Il prezzo dei fondi espropriati può non essere quello attribuito: i creditori anteriori possono non produrre a tempo i loro titoli; le iscrizioni si possono annullare; un errore di procedura può cancellare la ragione ed il torto; e neppure i giudici sono infallibili. Sino a che l'incapienza non sia decisa, il valore del danno è legalmente ignoto, perchè dipendente da eventualità capaci di abolirlo, diminuirlo ed anche da far cessare la responsabilità del conservatore secondo il caso preveduto dal giureconsulto Paolo (1, 4 de impensis in res dotalis factis) del marito che abbia negletto la cosa dotale poi bruciata: *Itaque si fulserit* (maritus) *insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur:* si *non fecerit, de usta ea nihil praestabit*. Se dunque il credito divenisse incapiente per un fatto indipendente dall'omessa iscrizione, la responsabilità finirebbe, come finì coll'incendio la responsabilità del marito, che non aveva riparata la casa.

9. È da avvertire che il diritto al risarcimento dei danni contro il Conservatore non esclude il diritto dell'interessato a richiedere il Conservatore di trascrivere, iscrivere o annotare o rilasciare copie o certificati, citandolo innanzi l'autorità giudiziaria nelle forme comuni, salvo l'uso delle altre specialmente prescritte dalla legge; quale sarebbero quelle stabilite per il rifiuto delle cancellazioni dall'articolo 2039, e pel rifiuto o ritardo a spedire le copie o certificati giusta l'art. 914 del Cod. di procedura. La legge del 13 dicembre 1874 nell'articolo 31 stabilisce, che il Conservatore per tutte le azioni procedenti dalla responsabilità della sua carica ha il domicilio legale nell'uffizio delle ipoteche da lui amministrato, ed è competente il tribunale civile, nel cui distretto trovasi l'uffizio, anche quando l'azione debba dirigersi contro gli eredi ed aventi causa dal Conservatore. E nell'articolo 32 aggiunge, che la parte, salva sempre l'azione derivante dall'articolo 2069 del Codice civile, può nel caso di rifiuto o di ritardo del Conservatore nel ricevere i titoli presentati nell'uffizio e nell'esecuzione d'iscrizione, trascrizioni ed annotazioni

Digitized by Google

o nello spedire i certificati usare del procedimento stabilito nell'articolo 914 e seguenti del Codice di procedura civile, pel rifiuto o ritardo dei pubblici depositari a spedire le copie degli atti pubblici.

Nel momento che scrivo, leggo nel giornale *Tribuna giudiziaria*, che si pubblica in Napoli, n. 13, anno 1894, una ordinanza del Presidente del tribunale di Napoli, emessa sul procedimento iniziato dal credito fondiario del Banco di Napoli contro il Conservatore colle forme dell'articolo 914 e seguenti della procedura. Con essa si dispone, che il Conservatore delle ipoteche nelle note di trascrizione dei precetti, notificati ad istanza del credito fondiario, faccia esatta e completa menzione dei precetti anteriormente trascritti, aggiungendovi la data di essi, quella della relativa trascrizione, nonchè il nome cognome e domicilio dei singoli creditori e precettanti.

10. Il Codice francese nell'articolo 2193 dispone così: L'immobile pel quale il Conservatore avesse omesso nei suoi certificati di riferire uno o due o più pesi iscritti, rimane (salva la responsabilità del Conservatore) libero da tali pesi nelle mani del nuovo possessore purchè questi abbia richiesto il certificato dopo la trascrizione del suo titolo; senza pregiudizio però dei creditori di farsi graduare secondo l'ordine, che loro spetta sino a che il prezzo non sia stato pagato dal compratore, ovvero fino a che la graduazione fra i creditori non sia stata omologata.

Il Troplong (1) fa il seguente commento di questo articolo. L'articolo suppone il caso, in cui il certificato, dov'è la omissione, sia stato domandato dopo la trascrizione del titolo con cui l'immobile è venduto. Il compratore vuol liberarsi dalle ipoteche e dai privilegi. Incomincia col far trascrivere il titolo; poi ad oggetto di far la notificazione in conformità di ciò che è prescritto dall'articolo 2042 si fa rilasciare un certificato delle iscrizioni che gli è necessario. Se il Conservatore ometta uno dei crediti iscritti, il creditore sarà nell'impossibilità di praticare riguardo ad esso le formalità della purgazione. In questo caso la legge doveva scegliere: o poteva disporre che la pro-

---

(1) N. 1004.

Digitized by Google

cedura di purgazione non nocerebbe al creditore omesso e non chiamato, o poteva disporre che la procedura di purgazione gioverebbe al compratore il quale sarebbe dispensato dall'adempiere novelle formalità.

Si è appigliato a questo ultimo partito. Il vantaggio, che v'è di liberare la proprietà dalle ipoteche, che la gravano ed a renderne per conseguenza più facile la circolazione, ha fatto decidere che l'immobile passerebbe franco e libero dei debiti omessi nel certificato. Soltanto il creditore omesso conserva il diritto di farsi collocare nella graduazione secondo il grado, che gli spetta, purchè la graduazione non sia stata omologata o il prezzo non sia stato ancora pagato dal terzo possessore.

Secondo dunque il Troplong, questo articolo dispone pel solo caso, che si proceda al giudizio di purgazione, nel quale l'acquirente ha preso il certificato, in cui v'è omissione di una o più iscrizioni dopo la trascrizione del suo titolo; poichè, se lo ha preso prima della trascrizione, si presume che il certificato sia servito all'acquirente per decidersi, se dovesse o pur no fare l'acquisto: nel quale caso e nell'altro, nel quale l'omissione della notificazione dipenda dal fatto dell'acquirente, il creditore omesso conserverebbe l'azione ipotecaria contro l'acquirente oltre quella di risarcimento contro il conservatore (1).

L'espropriazione forzata purga l'immobile venduto dai privilegi e dalle ipoteche come quello di purgazione. Non pertanto può darsi il caso, che si sia omessa l'intimazione del bando ad uno o più dei creditori sia per omissione dei loro nomi nel certificato, sia per fatto del creditore istante. Si ritiene, che il creditore omesso conservi la sua azione ipotecaria contro l'aggiudicatario anche quando la graduazione sia terminata colla liquidazione dei crediti e coll'ordine di spedirsi i mandati di pagamento contro l'aggiudicatario.

In fatti il Troplong nel numero 907 si esprime così: « Nondimeno se la notificazione prescritta dall'articolo 695 della procedura non fosse stata fatta ed un creditore iscritto, l'aggiudicatario non purgherebbe la sua ipoteca ed il creditore conser-

(1) Troplong n. 920.

Digitized by Google

verebbe tutti i suoi diritti reali ». Colui, che volesse rendersi aggiudicatario di un immobile in un'espropriazione forzata, dovrà dunque assicurarsi diligentemente su tutti i creditori iscritti sono stati messi in mora per sorvegliare la procedura; senza di che si esporrebbe ad esser molestato.

Nella discussione della legge ipotecaria belgica del 16 dicembre 1851, non fu accettata l'opinione della Commissione del governo, la quale aveva pensato, che non il creditore iscritto, immune di ogni colpa, dovesse rendersi vittima del Conservatore.

È essenziale, diceva il relatore della Commissione della Camera *Lelievre*, che l'acquirente, al quale non si può fare alcun rimprovero, ottenga la liberazione completa dell'immobile da lui posseduto quando ha soddisfatto a tutte le prescrizioni legali. Le ragioni di ordine elevato, che proteggono la circolazione, dimostrano che così deve essere. Senza di ciò, il creditore, del quale si è omessa la iscrizione, potrebbe dopo molti anni far dei reclami inaspettati, sconvolgere degli ordini definitivamente chiusi, provocare delle offerte all'incanto e produrre nelle transazioni più solenni delle pericolose perturbazioni. La sicurezza degli acquisti i più legittimi sarebbe turbata, e le posizioni, che tutto dovrebbe assicurare, proverebbero degli attacchi dispiacevoli.

L'interesse generale non permette di consacrare simile sistema. Nell'alternativa in cui si è o di dover sagrificare il nuovo possessore o il creditore, ragioni d'ordine pubblico militano in favore del primo. D'altronde il creditore non può ignorare la purga o l'apertura della graduazione; sotto questo aspetto egli ha i mezzi, che non ha il possessore, per far valere i suoi diritti.

Nè furono diverse le ragioni esposte al senato dal relatore *D'Anethan* per giustificare il voto della Camera (1).

Abbiamo voluto trascrivere tutte le considerazioni del relatore *Lelievre* per dedurne la poca coerenza fra le diverse disposizioni del Codice francese e della legge ipotecaria belgica sul proposito.

L'aggiudicatario di uno o più immobili per spropriazione for-

---

(1) Martou, vol. 4, n. 1621 e seg.

Digitized by Google

zata non è liberato dalle ipoteche iscritte sull'immobile di quei creditori, le quali sono state omesse nel certificato del conservatore, o pure se non si è loro intimato il bando dallo espropriante, nè perciò son comparsi nella graduazione.

Questi creditori, se con ciò han ricevuto un danno, hanno i seguenti modi come farsene riparare:

Opporsi di terzo al giudizio di espropriazione o a quello di graduazione, o all'uno e l'altro, secondo i casi, perchè siano annullati nel loro interesse e riconosciuto il loro diritto:

Istituire contro il Conservatore, o pure contro l'espropriante azione per essere rifatti del danno, che la omissione dell'ipoteca o la mancata intimazione del bando e degli atti posteriori gli ha cagionato:

Istituire l'azione ipotecaria contro l'aggiudicatario anche quando abbia pagato il prezzo in virtù dei mandati di pagamento spediti dall'autorità giudiziaria.

Quale colpa è imputabile all'aggiudicatario? Egli, è vero, è inteso nel giudizio di graduazione, dove riscontrando gli stati di iscrizioni e gli atti d'intimazione può conoscere, se la parte istante abbia intimato legalmente la procedura a tutti i creditori iscritti, ma non può sapere, se vi sia stato omissione di alcuno di essi nel certificato del Conservatore. La pubblica fede non tollera che l'acquisto dell'aggiudicatario, che ha soddisfatto a tutte le sue obbligazioni non sia sicuro da ogni molestia. Il che mancando, si rendono pericolosi e difficili gli acquisti all'incanto più dei volontari, pei quali il compratore può ampiamente provvedere alla sicurezza dell'acquisto.

Se il creditore, cui si è recato pregiudizio, usa dell'opposizione di terzo, sconvolge con essa tutta una graduazione e perturba, dopo molti anni, la condizione dei creditori, cui sono stati soddisfatti i loro crediti.

Onde si può domandare con ragione, perchè l'acquirente, che procede al giudizio di purga non possa essere molestato dal creditore omesso nel certificato del Conservatore, quando egli, o chi lo ha surrogato in seguito degl'incanti, hanno pagato il prezzo, come ha fatto l'aggiudicatario? Nè l'uno nè l'altro hanno cosa a rimproverarsi, e l'uno e l'altro sono assistiti dalle elevate considerazioni, che han fatto il Lelievre e il d'Anethan.

Digitized by Google

Il Codice di Olanda nell'articolo 1967 stabilisce che l'aggiudicatario, riguardo al quale il Conservatore avrà omesso nel suo certificato una o più ipoteche iscritte, non è liberato, salvo la responsabilità del Conservatore verso colui, che ha richiesto il certificato, nel quale è avvenuto la omissione, e salvo il regresso del Conservatore contro i creditori indebitamente pagati.

Il Codice italiano ha omesso l'articolo del Codice francese, limitandosi ad aggiungere nell'articolo 2068 che nel caso di qualunque diversità tra i risultati dei registri e quelli delle copie o dei certificati rilasciati dal Conservatore delle ipoteche, si starà ai risultati dei registri, ferma la responsabilità del Conservatore per ogni danno, che fosse derivato dalle dette copie o registri.

Qualunque creditore omesso, che ha risentito danno può istituire il giudizio di responsabilità del Conservatore, ma non può essere obbligato a farlo, potendosi avvalere o dell'opposizione di terzo o dell'azione ipotecaria contro il terzo possessore, o che si tratti di compratore volontario o di compratore all'asta: l'omissione del Conservatore della sua ipoteca nella copia, che rilascia, non gli toglie il diritto, che ha contro il compratore, all'azione ipotecaria.

Il codice italiano stabilisce il principio e lo segue senza ragionevoli eccezioni. Ma ciò dicendo non ne approviamo del tutto il sistema, parendoci essere interesse di un ordine superiore liberare i compratori all'asta, che hanno eseguito il giudizio di purga, se non dai diritti reali, almeno da quello delle ipoteche, a somiglianza di quello, che avviene nella espropriazione per pubblica utilità —Anzi noi andiamo più innanzi, che il sistema della espropriazione per pubblica utilità sia reso comune agli acquirenti all'asta, dichiarando purgato il fondo da tutti i diritti reali, e surrogandoli sul prezzo. La pubblicità dei bandi e delle aste non rende ingiusta questa disposizione voluta da ragioni d'interesse generale.

Digitized by Google

CAPO DECIMO

SEZIONE PRIMA

Miglioramenti dell'istituto della Trascrizione o che possono derivare alla prova del possesso dal nuovo catasto

PRELIMINARE

1. Se convenga conservare l'attuale sistema di trasferimento della proprietà degl'immobili e dei diritti reali.
2. Si deve trascrivere la dote, che la donna costituisce a sè stessa.
3. Se la mancanza di trascrizione della locazione e della cessione dei fitti e delle pigioni le priva di ogni effetto o le soggetta alla riduzione? In qual modo si esegue la riduzione.
4. Della trascrizione dell'alienazione dei frutti e degli alberi.
5. Se debbono trascriversi le cessioni in genere, che comprendono trasferimento d'immobili senza specificazione.
6. Se debbono trascriversi le vendite agl'incanti non seguìte tra i soli condividenti.
7. Debbono trascriversi gli atti dichiarativi di proprietà o di dritti reali o di rinunzia ai medesimi.
8. In quali casi si debbono trascrivere i testamenti. Dottrina degli eredi apparenti e dei legati.
9. Debbono trascriversi gli atti interruttivi della prescrizione.
10. Debbono trascriversi tutte le azioni relative ad immobili.
11. Modo di eseguirsi la trascrizione.
12. Quali utilità si possono trarre dal nuovo catasto.
13. L'aggiudicatario all'asta pubblica nel giudizio di spropriazione acquista l'immobile purgato da ogni specie di peso.
14. Del sistema tavolare.

Ogni sistema di pubblicità e di specialità d'ipoteche, sul quale è fondato il nostro istituto ipotecario, può tornare inutile, se non sia dato alle parti di conoscere con certezza e senza molto fastidio chi sia il proprietario dell' immobile, sul quale s' intende costituire il diritto d'ipoteca, la estensione, la terminazione, le servitù ed i pesi, che lo gravano. Se ad evitare il difetto nell'identificare un immobile, nel conoscere la sua estensione e con-

Digitized by Google

finazione, nel presumerne il possessore, è sufficiente la formazione del catasto secondo la legge del 1° marzo 1886 (purchè sia in avvenire esattamente mantenuto), il nostro sistema della trascrizione, sebbene migliore di quello, che è in vigore in Francia e nel Belgio, non cessa di esser manchevole, non stabilendo la pubblicità di tutti i diritti sulle cose, sicchè si è spesso ingannati non ostante accurate e fastidiose ricerche su chi sia il proprietario di un immobile, e quali sieno i diritti ed i pesi, che lo gravano.

Questo capitolo tende a far conoscere in che sia manchevole il nostro sistema di trascrizione. Invitato ad inaugurare con una conferenza l'anno 1895 al *Circolo Giuridico*, reputai essere cosa opportuna esporre quali miglioramenti potessero arrecarsi al nostro sistema della trascrizione, affinchè il detto *Circolo* ne potesse fare materia di esame e di studio, e nello stesso tempo si potessero proporre tutti quegli altri miglioramenti, che senza turbare profondamente il sistema del nostro Codice intorno all'acquisto ed alla trasmissione della proprietà fondiaria, ne cansassero i difetti, che si deplorano. Aggiunsi quali vantaggi si potessero trarre dal catasto formato secondo la nuova legge, e per quali ragioni non fosse da ammettersi il contenuto del sistema detto tavolare, che sotto forme diverse ha vigore in Germania.

Qui si ripete il contenuto della conferenza.

1. Il trasferimento della proprietà d'immobili o di altri diritti sopra i medesimi con atti tra vivi, la rinunzia ai medesimi, il trasferimento di altri diritti, sebbene personali, che per la loro natura sensibilmente possono scemare il valore degl'immobili non hanno, rispetto a' terzi, alcun effetto, se non sieno resi pubblici mediante la trascrizione. La trascrizione però non sana i vizi dell'atto o del contratto che si trascrive: serve unicamente a renderlo pubblico, dandone manifesta notizia a chiunque. Onde il Conservatore è un semplice uffiziale amministrativo.

L'articolo 1942 enuncia in otto numeri gli atti, i contratti e le sentenze, che debbono essere pubblicate mediante la trascrizione. Si è seguito il sistema francese.

La legge belgica senza fare una specifica enunciazione, impone l'obbligo di trascrivere gli atti tra vivi a titolo oneroso o

Digitized by Google

gratuito traslativi o dichiarativi di proprietà d'immobili o di diritti sopra i medesimi, lasciando la cura alla scuola ed alla giurisprudenza di specificarli.

La varietà delle opinioni manifestatesi nella scuola e nella giurisprudenza belgica consiglia di non mutare il sistema accettato dal Codice italiano, ma di perfezionarlo, compiendolo.

Il primo quesito, che oggi si muove è se convenga conservare l'attuale distinzione del modo di trasferire, tra le parti e rispetto a' terzi, la proprietà degli immobili e dei diritti reali.

Si osserva sul proposito che ai contraenti non può essere ignoto l'atto (il contratto o la sentenza) traslativo o dichiarativo del diritto; per cui la loro pubblicazione mediante la trascrizione è inutile. Non servirebbe che a cagionare spese e fastidio alle parti, ed impaccio alla celerità ed alla libertà delle convenzioni. La distinzione d'altronde è entrata negli usi della popolazione, e non bisogna cangiarla senza necessità imperiosa.

Il Codice italiano ha introdotto una importante modificazione al Codice francese, richiedendo come condizione essenziale del trasferimento della proprietà degl'immobili e dei diritti, che vi si riferiscono, la scrittura pubblica o privata. Questo nel fine di renderne certa e durevole la prova, non in quello di rendere pubblico l'atto o il contratto.

La scrittura privata, alla quale non si opponga l'autentica, non deve essere registrata sotto pena di nullità in un termine determinato, dando solamente luogo ad una contravvenzione al registro punibile con una multa, sicchè la scrittura privata può rimanere occulta a volontà delle parti.

Ciò non avviene di rado, perchè quando le parti hanno fiducia sulla reciproca probità, evitano la registrazione per non pagare la tassa di registro o per altri fini. Il che può, se non pel presente, almeno per l'avvenire essere di grave danno alle stesse parti, se non altro vi è il timore della dispersione; e nel caso di morte la notizia della scrittura può giungere agevolmente al fisco, e pubblicarsi. Senza tentare di nuovo la dichiarazione legislativa, che la scrittura privata dovesse essere registrata sotto pena di nullità, desidereremmo, che dovesse essere autenticata anche nell'interesse delle parti per aver valore giuridico, nel fine d'impedire un giudizio di verificazione di scrittura sempre incerto

Digitized by Google

e molesto per le parti, specialmente se accade dopo lungo tempo dalla data della scrittura.

L'autentica trae seco la necessità della registrazione e dell'intestazione catastale; il che può consigliare i contraenti a pubblicarla mediante la trascrizione, perchè fosse perfetta anche rispetto ai terzi.

Si otterrebbe così in modo indiretto quella continuazione di trascrizione dei trasferimenti, che è divenuto desiderio quasi generale.

2. La costituzione di dote può consistere in uno o più immobili o in diritti sopra i medesimi, o in beni futuri, fra i quali possono esservi immobili (art. 1389).

Se la donna costituisce a sè stessa la dote senza trasferirne la proprietà al marito, il contratto non deve essere trascritto, perchè con esso non si trasferisce alcuna proprietà, nè si costituisce sulla medesima alcun usufrutto o altro diritto reale a pro del marito o di altri. Il marito ha bensì il diritto di riscuotere i frutti e gl'interessi, ma come amministratore dei beni della moglie e farli suoi per sostenere i pesi del matrimonio senza obbligo di renderne conto; e sebbene non abbia il diritto di usufrutto è tenuto alle obbligazioni dell'usufruttuario (art. 1408).

La dote non pertanto si può dire intangibile, poichè è vietato ai coniugi di alienarla, d'ipotecarla o di soggettarla ad alcun peso.

Non sono mancati scrittori i quali opinano, che anche oggi la dote immobiliare costituita dalla moglie a sè stessa debba essere trascritta, ma prevale l'opinione contraria (Diritto dei terzi, Vol. 2°, della Dote).

Anche per far cessare questa controversia bisognerebbe aggiungere un numero concepito presso a poco nei seguenti termini:

« L'atto, col quale la donna si costituisce in dote un im-
« mobile o un diritto sopra il medesimo, o beni futuri senza
« alcuna specificazione, anche quando la proprietà non si tra-
« sferisca al marito ».

3. Il numero 5 dell'art. 1932 dispone la trascrizione dei contratti di locazione d'immobili eccedenti nove anni; e l'art. 7, degli atti e delle sentenze, da cui risulta liberazione e cessione di pigioni e di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni.

Digitized by Google

Si domanda:

Se le locazioni e liberazioni e cessioni di pigione e di fitti non sono trascritte, sono del tutto prive di effetti o riducibili?

In qual tempo nasce negl'interessati il diritto di domandare la nullità o la riduzione, e come questa si opera.

Il principio assunto dalla legge belgica che le locazioni eccedenti i nove anni non siano nulle, ma riducibili, può essere da noi esteso alla liberazione ed alla cessione delle pigioni e dei fitti, sulle quali la legge belgica si tace, e ciò per identità di ragioni.

Il diritto a domandar la riduzione nasce quando sorge l'interesse del richiedente; negli acquirenti, dal dì, che hanno trascritto il contratto di alienazione a titolo gratuito od oneroso e deve eseguirsi; nei creditori, dal dì della trascrizione del precetto, che opera il sequestro giudiziale dei frutti civili e naturali. Per operar la riduzione, bisogna guardare al periodo del novennio o del triennio, nel quale si trova il godente, perchè ogni novennio o triennio forma un periodo distinto dall'altro. Il periodo, nel quale si trova il godente, si deve compiere intero a suo favore.

È questo il sistema, che il Codice italiano adotta nell'art. 493, per determinare la riduzione delle locazioni fatte dall'usufruttuario. E questo sistema crediamo potersi estendere anche al caso di riduzione delle locazioni e delle cessioni delle pigioni e dei fitti, che eccedono il tempo per lo quale avrebbero dovuto trascriversi, prendendo ad esempio la legge belgica, la quale per la riduzione delle locazioni segue il sistema dell'art. 1429 del Codice civile francese. Questo articolo non esiste nel Codice italiano, ma il principio di esso è accettato nell'articolo 493.

Dovrebbesi adunque aggiungere una novella disposizione all'art. 1932 nel senso, che *nasce il diritto di domandar la riduzione delle locazioni e delle liberazioni e delle cessioni delle pigioni o dei fitti non trascritti, nei creditori dal dì della trascrizione del precetto, e negli acquirenti dal dì della trascrizione del loro titolo, e che la riduzione si faccia conformemente all'articolo 493.*

4. È frequente la quistione intorno al valore delle alienazioni dei frutti pendenti e di quelli da nascere, dei tagli dei bo-

Digitized by Google

schi cedui e degli alberi di alto fusto distribuiti in tagli regolari in caso di alienazione dell' immobile involontaria o necessaria.

Il proprietario può liberamente alienare i frutti nati e nasciturí del suo fondo separatamente dalla proprietà, e la convenzione debb'essere eseguita da lui e dai suoi eredi, ma coloro, che acquistano diritti sull'immobile non sono tenuti a rispettarne l'acquisto, che siesi fatto dei frutti nascituri, nè degli alberi di alto fusto, i quali sono parti sostanziali del fondo; possono essere però astretti a permettere l'esecuzione degli acquisti dei frutti pendenti, dei tagli maturi delle selve cedue e dei tagli regolari di alberi di alto fusto fatti anteriormente alla trascrizione del precetto, perchè sono considerate queste alienazioni come atti di mera amministrazione.

La frequenza di simili quistioni e la varietà delle opinioni consiglia a stabilire i principî della decisione.

Certo tutte le alienazioni sopradette costituiscono atti di amministrazione, che non potrebbero soggettarsi a trascrizione, ma non può non ammettersi che un fondo senza frutti per un certo periodo di tempo diminuisca sensibilmente di valore. Onde dovrebbesi disporre che: *debbano essere trascritti gli atti e le sentenze, da cui risulta l'alienazione dei frutti nascituri per un tempo eccedente due anni, e dei boschi cedui e degli alberi distribuiti in tagli regolari fatta prima di due anni della loro maturità.*

Dovrebbero in tal modo essere rispettate le alienazioni di due annate *di frutti maturati e dei tagli di alberi e di boschi cedui e di alberi di alto fusto distribuiti in tagli regolari, se fossero state fatte due soli anni prima della maturità così dei frutti da raccogliere dalla terra, come degli alberi da recidere.*

5. È nata quistione, se debba trascriversi la cessione di una eredità o di altra universalità di beni, nella quale sono compresi degl'immobili e dei diritti capaci d'ipoteche, sebbene non fossero stati specificati e non si potessero specificare per essere ignorati dalle parti.

Anche questa quistione dovrebbe essere definita, aggiungendosi di doversi trascrivere *le cessioni di eredità e di altri dritti in genere sebbene non contenessero specificazione di oggetti ma capaci di trascrizione.*

Digitized by Google

6. È nata quistione, se debbano trascriversi le aggiudicazioni seguite agl'incanti fra i condividenti, anche quando vi fossero stati ammessi degli estranei. Onde per rimuovere il dubbio alla parola *condividenti* dovrebbesi far precedere l'altra parola *soli* (n. 4).

E dal numero 8 dovrebbesi cancellare la parola *verbale* ed aggiungere infine le parole: *e che non sieno trascritte;* perchè se le sentenze sono l'unico titolo della esistenza della convenzione, la necessità della trascrizione è evidente, e se si riferiscono a titoli già trascritti, la loro trascrizione è inutile.

7. Gli atti dichiarativi della proprietà o di diritti sull'immobile non debbono essere trascritti, in ciò seguendosi il sistema francese, non il belgico. La ragione esposta dal Guardasigilli nella relazione sul progetto del Codice presentato al Senato fu la seguente: « Fu discusso, se i titoli soltanto dichiarativi e non traslativi di diritti dovessero venire trascritti per essere efficaci riguardo ai terzi. Prevalse l'opinione negativa, considerando che una sentenza, per esempio, la quale riconosca taluna proprietà di un immobile, si fonda necessariamente sopra un fatto anteriore, che è appunto l'atto da trascriversi ».

« Una sola eccezione fu ammessa nel caso, in cui il titolo anteriore sia una convenzione verbale, chè il titolo scritto capace di trascrizione non può essere che la sentenza medesima. Del resto si parla qui dell'obbligo di trascrivere perchè il titolo acquisti efficacia riguardo ai terzi; ma nulla vieta che la parte, la quale ha ottenuto un nuovo titolo ricognitivo o dichiarativo del suo diritto, lo possa far trascrivere, se lo crede opportuno ».

A noi non pare sufficiente la ragione arrecata dal Guardasigilli per giustificare la esenzione dalla trascrizione degli atti dichiarativi della proprietà o dei diritti sopra la medesima.

Si fa una transazione sopra i beni immobili per prevenire una lite o per spegnere una lite pendente. È dessa traslativa o pure dichiarativa? È questa la quistione, che si propone nella scuola, e spesso si agita nelle aule della giustizia per decidere se si fosse dovuto trascriverlo e se potesse esserci prescrizione di dieci anni.

In qualunque modo si definisca la controversia, dovrebbe esser fatto noto ai terzi che la medesima sia finita colla tran-

Digitized by Google

sazione. Senza la notizia di essa, che può essere fatta con una scrittura privata, registrata chi sa dove, il terzo potrebbe facilmente essere tratto in inganno da un pretendente dell'immobile o dei diritti sopra il medesimo stabiliti.

Una divisione di eredità e di condominio o non è stata ancora introdotta o pure è pendente. Le parti mettendosi d'accordo fanno un'amichevole divisione, o pure la lite pendente si definisce con una divisione giudiziaria. A chi contrae col condividente è ignoto l'atto di divisione perchè, essendo dichiarativo, non deve esser trascritto. Un condividente nella cui quota non è caduto alcun immobile, o non è caduto quell'immobile, sul quale s'intende contrattare, prende a mutuo una somma di danaro, ipotecando la quota tuttora indivisa dell'immobile, a mente dell'articolo 679: o pure aliena la sua quota indivisa. L'ipoteca e l'alienazione son nulle perchè cadute e l'una e l'altra sopra cosa aliena.

Il caso non è infrequente nei giudizi di espropriazione.

Il condividente, cui nella divisione amichevole o giudiziaria è caduto l'immobile ipotecato, si fa a domandarne la proprietà esibendo una scrittura privata di data certa, non sospetta di frode, colla quale o si è operata la divisione, o pure si è annullata quella già fatta e se n'è sostituita un'altra.

In una divisione amichevole o giudiziale hanno avuto luogo rifacimenti e conguagli, per i quali la legge concede l'ipoteca legale. Non essendo obbligatoria la trascrizione per arrestare il corso delle trascrizioni o delle iscrizioni, come è stabilito per l'ipoteca dell'alienante nell'articolo 1942, dove non si è fatta alcuna menzione dell'ipoteca per rifacimenti e conguagli, il condividente può essere vinto dalle precedenti iscrizioni e trascrizioni e ciò in opposizione del fine, che i compilatori del Codice si proposero.

D'altronde, l'adempimento della trascrizione degli atti dichiarattvi non arreca alcun danno alle parti mentre giova ai terzi. Imperocchè, se si riconosce e si dichiara un diritto esistente fondato sopra titolo già trascritto, la trascrizione dell'atto ricognitivo o dichiarativo sarà tutto al più soprabbondante; ma se la parte per respingere il diritto del terzo ha bisogno di ricorrere all'atto ricognitivo o dichiarativo ignoto al terzo, ha

Digitized by Google

necessità di pubblicarlo perchè il terzo ne potesse aver ragione.

Onde riputiamo doversi aggiungere: *che debbono essere trascritte le transazioni relative alla proprietà degl' immobili e tutti gli altri diritti restrittivi o dichiarativi relativi alla loro costituzione, modificazione o rinunzia.*

Che si debba anche aggiungere all'articolo 1942, « a pregiudizio delle ipoteche concesse all' alienante ed ai condividenti dall'articolo 1969 n. 1 e 2 ».

8. I soli atti tra vivi debbono essere trascritti. Ne sono per conseguenza esclusi i testamenti e le successioni legittime. Il Guardasigilli ne adduce le seguenti ragioni nell' anzidetta relazione:

« Manca nella successione intestata il titolo da trascrivere. « Quanto alle successioni testamentarie, non si deve far dipen- « dere l'efficacia del testamento dalla volontà dell'erede, il quale « può sovente avere interesse contrario all'esecuzione del me- « desimo.

« Il legatario ignora spesso, massimamente quando trovasi « lontano, non solamente le disposizioni ordinate a suo favore, « ma l'esistenza stessa del testamento; nella maggior parte dei « casi, prima che egli abbia conoscenza, l'erede potrebbe, a- « lienando i beni legati, renderlo inefficace rispetto ai terzi ».

Allorchè si apre una successione, possono nascere due quistioni:

Chi siano gli eredi;

Quali siano i beni, che compongono la successione.

E l'una e l'altra quistione può interessare i terzi.

Il terzo, che vuole contrattare con colui, che assume di essere erede o coerede per legge o per testamento, deve ricercarne la pruova all' interessato e fare le investigazioni necessarie a sapere la verità. Non sempre ci riesce. Perciò l'art. 933 stabilisce la validità delle convenzioni a titolo oneroso fatte dall'erede apparente, di buona o di mala fede che egli sia, purchè chi con lui contratta sia di buona fede. Si decide così una quistione tuttavia viva sotto l'impero del Codice francese. Si è creduto che il danno, derivante dagli atti dell' erede apparente, non debba cadere sopra l' erede vero, o i coeredi dello erede apparente, sol quando i terzi siano di mala fede o che essendo

Digitized by Google

di buona fede, sieno acquirenti a titolo gratuito. La quale disposizione importa che l'acquirente a titolo gratuito, o a titolo oneroso, ma di mala fede, se aliena anche a titolo oneroso, commette una nulla alienazione, non avendo l'acquirente potuto trasferire in altri un diritto, che non aveva. Danno è questo per il donatario e per i suoi aventi causa, ancora per la ricerca della buona o mala fede, e per i terzi. Inoltre, giusta il Codice italiano, non solo la proprietà ma anche il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione (art. 925). L'effetto dell'accettazione risale al giorno, in cui si è operata la successione (art. 933); l'accettazione può essere espressa o tacita (art. 934). E la facoltà di accettare un'eredità non si prescrive che con trent'anni.

Non è sempre agevole conoscere tutti gli eredi e non è neanche agevole il determinare chi possa reputarsi erede apparente. Il Codice italiano attenua, ma non toglie assolutamente il danno.

Bisognerebbe adunque stabilire, che colui o coloro i quali assumono di essere eredi o coeredi di un defunto, si facciano conoscere dai terzi in un tempo determinato; decorso il quale, il loro diritto tardivamente fatto conoscere non dovrebbe offendere il diritto dei terzi acquistato a qualunque titolo sull'eredità. Ciò non sarebbe ingiusto per gli altri eredi legittimi o testamentari, che non abbiano curato di eseguire una tale cautela. Questa disposizione, che dovrebbe essere analoga a quella dell'erede beneficiato, non offende alcun principio del Codice civile, agevola le contrattazioni cogli eredi, e fa venir meno le frequenti quistioni di fatto rispetto al se il contraente sia un erede apparente ai termini di legge, e se vi sia stata buona fede.

In siffatte materie bisogna evitare di far dipendere la validità del contratto dalla buona fede del contraente. Imperocchè la buona o la mala fede è un fatto subbiettivo, spesso ignoto al terzo. Secondo il sistema attuale, se l'acquirente da un erede apparente, anche a tilolo oneroso, sia in mala fede, le trasmissioni, che egli fa a persona di buona fede, son nulle.

Si progetta doversi disporre con una aggiunta all'articolo 934 *che si possa accettare l'eredità con dichiarazione nella cancelleria della pretura nelle forme stabilite dall'art. 955, ancorchè non si voglia godere del beneficio dell'inventario.*

Digitized by Google

Bisogna modificarsi l'art. 933 nel modo seguente:

Son reputati eredi apparenti colui o coloro che hanno accettato l'eredità nel modo stabilito dagli articoli 934 e 955 con la esibizione di un atto notorio, che assicuri la qualità di erede del dichiarante o dei dichiaranti e che non ve ne siano altri, e sia fatta menzione della data del testamento, di chi lo ha ricevuto o presso il quale è depositato, o che non ve ne sia.

Gli eredi apparenti, ancorchè di mala fede, son reputati rispetto ai terzi come se fossero i veri e gli unici eredi, decorsi tre mesi dalla trascrizione di cui è cenno negli articoli 934 e 955; gli altri coeredi, che facessero l'accettazione posteriormente non possono impugnare gli atti di disposizione fatti dagli eredi apparenti, purchè, trattandosi d'immobili intestati al defunto, gli eredi apparenti non abbiano fatto la voltura in testa loro due mesi prima dell'alienazione.

Il secondo quesito è, se l'immobile faccia parte dell'eredità. Il quale può essere agevolmente risoluto col farsi esibire dall'erede la dimostrazione che l'immobile appartenga al suo autore libero e scevro di pesi.

Il testatore può disporre della universalità o di una quota di beni. Questa disposizione dicesi a titolo universale ed attribuisce la qualità di erede. Le altre disposizioni sono a titolo particolare.

Il padre, la madre e gli altri ascendenti possono dividerere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti, comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile, e può farsi la divisione anche con testamento (articoli 1044, 1045).

I legatari possono domandare la separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, diritto, che si esercita nel termine perentorio di tre mesi, iscrivendo il vincolo sopra ciascuno degl'immobili del defunto (art. 2060).

Le ipoteche iscritte sugl'immobili dell'eredità a favore dei creditori dell'erede e le alienazioni, anche trascritte, degl'immobili stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto, che ottennero la separazione nell'anzidetto termine di tre mesi.

Il non intervento dei legatari nel testamento ha fatto temere

Digitized by Google

che gli eredi legittimi potessero occultare il legato, recar pregiudizio al medesimo con costituire sopra i beni dell'eredità debiti ipotecari, o alienarli. Onde è stato stabilito il termine perentorio di tre mesi per iscrivere il diritto di separazione, entro il quale, qualunque iscrizione o trascrizione sopra gl' immobili ereditari non pregiudica i legatari.

Lo stesso principio può accettarsi per la trascrizione del legato di un immobile o di altri diritti sul medesimo o di rinunzia ai medesimi. E il non averlo disposto rivela una manifesta disarmonia di principii, perchè tanto il legatario di somme che quello d' immobili non intervengono nel testamento; e pure al legatario di somme si è imposto l'obbligo dell' iscrizione in un tempo determinato, se vuole garentirsi contro le disposizioni dell'erede. Onde l'articolo 1832 deve venir modificato, cancellando le espressioni *tra vivi*, per comprendere nella locuzione anche i testamenti, e debbono aggiungersi due altre disposizioni così presso a poco concepite:

Le ipoteche iscritte sugl'immobili dell'eredità a favore dei creditori degli eredi legittimi e le alienazioni anche trascritte dai medesimi fatte non pregiudicano in alcun modo ai diritti degli eredi e dei legatari, che abbiano trascritto il testamento entro il termine perentorio di tre mesi dall'apertura della successione.

« Non è necessaria la trascrizione del testamento per la par-
« te che contenga la disposizione universale o a titolo universale
« senza specificazione di beni ».

9. Uno dei modi come si acquista e si perde la proprietà degl'immobili o di un diritto sopra i medesimi è la *prescrizione*, che può essere di trent'anni o di dieci. E condizione essenziale dell'acquisto è il possesso legittimo, che la legge si cura di definire; e determina anche la prova nel titolo quinto del libro 2°. Si può dire che secondo il Codice italiano il possesso di un immobile o di un diritto sia il principale elemento da tenersi presente per la certezza degli acquisti.

Ma il possesso può essere interrotto naturalmente o civilmente.

L'interruzione naturale consistendo in un fatto materiale, articolo 2124, il terzo, che esamina il possesso e la sua durata, deve fare le investigazioni opportune.

Digitized by Google

Ma quando la interruzione è civile, manca al terzo il modo come venirne in chiaro.

Il terzo dopo aver esaminato i titoli di colui, col quale contratta, risultando dai medesimi di aver acquistato la proprietà o il diritto sopra un immobile o direttamente o per mezzo dei suoi autori e di averne avuto il possesso legittimo per trenta anni, si vede spogliato del suo diritto da legittime cause, che infirmano i titoli dell'alienante o del debitore, che ha costituita l'ipoteca, colla presentazione di atti interruttivi della prescrizione.

Onde è necessità di far noti ai terzi questi atti interruttivi mediante la trascrizione dei medesimi, senza la quale essi debbono essere privi di effetto.

10. L'articolo 1835 stabilisce che la trascrizione non possa farsi se non in forza di una sentenza, di un atto pubblico e di una scrittura privata, e la scrittura privata deve essere autenticata o legalmente riconosciuta, e se gli atti son seguiti in paese estero, debitamente legalizzati.

Il conservatore deve rifiutarsi di riceverli qualora non abbiano i requisiti prescritti in detto art. 2069.

È nata quistione, se la trascrizione, che sia venuta in virtù di scritture non aventi tutti i requisiti, sia valida o nulla. Noi ci siamo dichiarati per la nullità.

La quistione dovrebbe essere risoluta con una aggiunta all'articolo 1940, ancorchè si opini per la validità; poichè togliere l'incertezza dalla giurisprudenza per rendere certo il diritto, non è il più lieve vantaggio, che deriva da un Codice.

11. L'ignoranza dei giudizi pendenti per controversie sugl'immobili e sui diritti sopra i medesimi può trarre agevolmente in inganno i terzi, che contrattano con alcuno dei litiganti, il quale ha interesse a nasconder loro il vero. Fra tali controversie possiamo recare ad esempio le azioni di rivendicazione, di nullità e di rescissione di contratto per errore, violenza o dolo o per inadempimento di forme richieste nell'interesse di minori, d'interdetti e di donne maritate, per riserve di diritti reali fatte nell'alienazione a favore dell'alienante, come il riscatto dell'immobile, le clausole risolutive espresse e le altre, che l'accompagnano di pieno diritto, come la rivocazione delle medesime.

Il Codice italiano si è limitato a disporre la trascrizione delle

Digitized by Google

sole domande di rivocazione, di rescissione e di risoluzione, i cui effetti rispetto ai terzi cominciano dalla trascrizione di detta domanda e che ha enumerate, lasciando fuori della trascrizione le altre controversie sugl'immobili. Solo ha voluto che si desse notizia ai terzi di ogni sentenza, con cui è pronunziato l'annullamento, la risoluzione o la rivocazione di ogni atto trascritto (articoli 1933, 1934). E ciò è stabilito in modo insufficiente, non comminandosi che una multa al procuratore per l'inadempimento.

Affinchè i terzi abbiano cognizione di tutti gli elementi necessarii per le indagini sulle condizioni della proprietà immobiliare, è più che necessario che abbiano modo di sapere la pendenza dei giudizi, non delle sole sentenze nei medesimi pronunziate, in materia certa; per cui occorre di disporre:

Che debbono essere trascritte tutte le domande di revindicazione, di rivocazione, rescissione o di risoluzione diverse da quelle indicate nel numero 3 dell'articolo 1933, di riduzione e di altra qualsiasi natura, relative a ricuperare immobili o diritti sopra i medesimi o a farli dichiarare estinti.

Le dette domande non possono essere nè iscritte a ruolo nè giudicate, a richiesta di parte o di ufficio, e son prive di effetti rispetto ai terzi sino alla trascrizione.

In margine o in calce delle domande saranno trascritte le sentenze a cura del procuratore, come è detto nell'art. 1934.

Alla cancellazione di tali domande si deve estendere la disposizione dell'articolo 1945; il quale articolo è molto limitato, dovendosi estendere alla cancellazione di tutti gli atti trascritti dichiarati nulli o risoluti o nullamente trascritti.

11. Giusta l'articolo 1937, la nota, che si trascrive, oltre il nome delle parti e dell'uffiziale pubblico, che ha ricevuto l'atto o l'ha autenticato, non deve contenere che la natura e la situazione dei beni e la loro delimitazione, cui si riferisce il titolo. Non s'impone d'indicare il *contenuto* nel titolo, e tanto meno oltre la specificazione del contratto, che racchiude, le modalità, che vi sono inerenti.

Sopra ciò è nata grave quistione: Quale cioè sia l'effetto di una nota così fatta; e perchè nella pratica si suole specificare il contratto principale, che nel titolo si racchiude, si è ristretta la quistione a sapere, se noccia l'omissione delle più impor-

Digitized by Google

tanti modalità, come quella del riscatto, la riserva di servitù e somiglianti. In qualunque modo si decida la quistione, par necessario di doversi determinare:

A). Se nella nota deve esprimersi il contenuto del titolo:

B). Quali modalità debbono essere espresse:

C). Se essendoci omissione nella nota, debba rispetto ai terzi aversi come non operata la trascrizione, o pure debba valere il contenuto nel titolo. Poichè il titolo deve sempre essere depositato presso il conservatore, l'insufficienza delle notizie della nota deve essere compiuta colla lettura del titolo; il che impone un obbligo, che può riuscir gravoso alle parti, che richiedono l'estratto della nota, di recarsi all'uffizio per leggerlo. Il miglior consiglio sarebbe far trascrivere il titolo intero, così chi dimanda la trascrizione e chi ne vuol notizia non possono ingannarsi.

Ma se questo sistema non s'intende accettare, occorre esser più precisi nel determinare il contenuto della nota e decidere degli effetti dell'omissione nella medesima.

Sarebbe poi un gran vantaggio della parte richiedente il certificato della trascrizione di un atto, il comprendere nel medesimo la copia del titolo, se la parte espressamente non dichiari che vuole il *solo* certificato della nota.

La necessità di trascrivere alcuni, atti ne' quali non è possibile di specificare la natura e la situazione degl' immobili richiede che si faccia un'eccezione al numero 4 dell'art. 1937.

12. Quali utilità possono trarsi dal nuovo catasto?

Si può accettare il sistema tavolare che oggi ha vigore in Germania?

Son queste le due quistioni degne dello studio nostro.

La legge del primo marzo 1886 ha disposto di provvedersi a cura dello Stato, in tutto il Regno, alla formazione di un catasto geometrico particellare uniforme fondato sulla misura e sulla stima, allo scopo di accertare le proprietà immobili e tenerne in evidenza le mutazioni, e di perequare l'imposta fondiaria.

Nell'articolo 8° fu riservato il diritto di determinare con altra legge gli effetti giuridici del catasto e le riforme, che occorressero a tal fine nella legislazione civile, e s'impone al governo di presentare un disegno di legge entro due anni dalla promulgazione della legge.

Digitized by Google

Un regolamento del 2 agosto 1887 ne regola l'esecuzione.

I lavori per la formazione del catasto già intrapresi, continuati sensa interruzione in tutti i compartimenti del Regno, non possono terminare che dopo parecchi altri anni.

Ma se alcuna provincia vuole affrettare l'esecuzione nel suo territorio, deve anticiparne metà della spesa, senza pregiudizio nel normale andamento dei lavori nelle altre parti del Regno (art. 47).

Avendo la legge imposto al governo di presentare il disegno di legge sugli effetti civili fra due anni, ha virtualmente deciso che questi effetti dovessero aver luogo a misura dell'approvazione ed esecuzione del nuovo catasto in ciascuna provincia, senza attendersi quella generale per tutto il Regno.

Si studia per la presentazione del disegno di legge da presentarsi al Parlamento, nè pare che gli studii siano ancora maturi.

Intendiamo ancora noi studiare quali effetti civili promanano dalla sola attuazione del catasto, e quali riforme occorresse di fare alla legislazione esistente.

È principale studio il ben conoscere l'ordinamento della formazione del nuovo catasto, perchè senza la esatta e particolareggiata sua conoscenza è impossibile intendersi sugli effetti civili, che il catasto possa produrre.

Da questo studio minuto e particolareggiato si rileva la cura speciale che si è avuta perchè gl'immobili fossero limitati e terminati, misurati, configurati ed intestati ai legittimi possessori, con avvisi individuali e mediante continuati pubblici proclami in ogni operazione del medesimo.

Il possesso di fatto di colui, cui sarà intestato l'immobile è in tale guisa assicurato.

L'articolo 687 del codice civile stabilisce la presunzione, che ciascuno possegga per sè stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui.

E può essere avvenuto che il legittimo possessore, incurioso dei suoi interessi, abbia permesso che la intestazione nel catasto avvenisse nel nome di un possessore precario; il che par molto difficile perchè l'intestatario assumerebbe il peso di pagare l'imposta fondiaria, ed il legittimo possessore, non richiesto del pa-

Digitized by Google

gamento in ogni bimestre, si avvedrebbe dell'intenzione del nuovo intestatario di usurpare a suo danno il possesso legittimo e la proprietà dell'immobile, specialmente se non vi esistesse alcuna relazione contrattuale in iscritto fra loro. Ma non ostante che ciò sia difficile, è possibile che siano incorsi errori ed imperfezioni massime per le mutazioni dei possessi, che hanno potuto avvenire sino alla pubblicazione del catasto; di che deve tenersi ragione. Onde è da progettarsi il seguente articolo:

« Si presume che colui, cui è intestato l'immobile, ne sia il legittimo possessore ai termini dell'articolo 687, purchè nel corso di un anno dalla pubblicazione della presente legge non vi sia opposizione. L'opposizione sarà fatta con citazione a colui, cui è intestato l'immobile, a comparire innanzi al pretore del mandamento del luogo, nel quale l'immobile è situato, perchè sia invece all'opponente intestato, dimostrando di esserne stato il legittimo possessore nell'anno precedente alla pubblicazione della legge. Il pretore applicherà la disposizione dell'articolo 694 del codice civile, ritenendo la intestazione come una molestia, ed ordinerà la nuova intestazione inviando di uffizio la sentenza al conservatore del catasto, perchè proceda alla rettificazione a spese di colui, che vi ha dato causa. »

L'immobile deliminato, determinato, misurato e configurato nella mappa è tale rispetto ai possessori confinanti, se costoro, presenti alle operazioni, non abbiano fatto alcuna osservazione, o pure si siano opposti, e la controversia sia stata definita dalla Commissione censuaria coll'apposizione dei termini secondo il possesso di fatto o pure siano stati contumaci.

Si deve presumere che, chiunque sia dell'immobile il legittimo possessore, le operazioni sieno state conformi al diritto, ma è possibile che sia altrimenti. Onde potrebbesi formulare il seguente articolo:

« È dichiarato illegittimo ai termini dell'art. 685 ogni pos-
« sesso di terreno da parte dei possessori limitrofi oltre la linea
« di terminazione, delimitazione, e misura in conformità della
« mappa, se nel termine di un anno dalla pubblicazione della
« legge non vi sia opposizione alle operazioni di terminazione
« e di limitazione e di rilevamento.

« La opposizione sarà fatta con citazione agl'interessati di

Digitized by Google

comparire innanzi al Pretore del mandamento dove è situato l'immobile, per sentirsi ordinare la rettificazione delle suddette operazioni.

« Il Pretore giudicherà della controversia in linea meramente possessoriale, inviando in sede propria il contendere sul diritto. La sua sentenza divenuta irrevocabile giudicato, sarà trasmessa di uffizio alla conservazione del catasto, perchè si proceda alla rettificazione a spese di colui, a carico del quale sono state messe dal pretore ».

Il catasto formato secondo la detta legge, e mantenuto per le successive mutazioni nella stessa guisa, rende certo l'oggetto delle iscrizioni estese a tutti questi atti, che abbiamo specificati, di unita agli altri miglioramenti, che l'esperienza può suggerire.

16. Non possiamo chiudere la serie dei miglioramenti senza proporre due altre innovazioni.

Ferve la quistione se debba modificarsi l'attuale sistema delle aggiudicazioni nelle espropriazioni forzate, proponendosi di accogliere, nel caso di difetto di oblatori, come un espediente, l'aggiudicazione necessaria. Io non esamino quali sieno le cause, per le quali il difetto di oblatori è divenuto in questi ultimi tempi così frequente da far nascere il desiderio di una riforma. Ne dico io una sola, tanto più che è la meno notata da coloro che o propugnano la riforma, o vi sono avversi.

L'aggiudicatario, riguardato come un ordinario avente causa del debitore, acquista l'immobile nella stessa estensione di un compratore volontario, soggetto agli stessi pericoli di evizione.

L'immobile si purga dai pesi ipetecari soggetti ad iscrizione mediante il giudizio di graduazione. L'aggiudicatario può esser tranquillo di non essere molestato per affezioni ipotecarie quando avrà ottenuto la cancellazione di tutte le ipoteche iscritte, giusta gli articoli 721 e 722 del codice di procedura civile e gli stati d'iscrizione sieno stati completi.

Non vi può essere purgazione da tutti gli altri diritti reali inerenti all'immobile. Il vero proprietario, l'usufruttuario, l'usuario, il domino diretto, l'avente diritto ad una servitù conservano contro l'aggiudicatario integri i loro diritti, come se fosse un vo-

Digitized by Google

lontario compratore, ancorchè avesse pagato il prezzo con ordinanza dell'autorità giudiziaria ai creditori graduati.

Egli ha diritto, è vero, di essere garentito dal debitore, che è considerato come il suo venditore: sterile garentia, perchè il venditore è quasi sempre non solvente.

Una dottrina poco corretta, che ci è venuta da Francia, concede la *condictio indebiti* a favore dell'aggiudicatario contro i creditori, che si han diviso il prezzo, ma par che tale dottrina vada ad esser rigettata applicandosi sul proposito i principii del diritto romano, perchè i creditori *suum receperunt*. Il prezzo appartiene al debitore e da esso lo ricevono i creditori secondo il diritto contro il medesimo acquistato mediante l'ipoteca sull'immobile. I rapporti tra debitore ed aggiudicatario sono estranei ai creditori cui per volontà anche coatta del debitore si paga il prezzo, come sono estranei quelli tra venditori e compratore volontario da cui il prezzo per volontà del venditore si paghi ai creditori.

Il compratore volontario si trova però in una condizione molto più favorevole dell'aggiudicatario.

Egli dirigendosi a chi vuol vendere l'immobile, gli richiede la giustificazione della pertinenza del medesimo, e può sulle notizie e sopra i documenti fornitigli dal debitore fare le indagini opportune. Sicchè, se è diligente, è difficile che possa essere ingannato intorno a chi sia il pieno proprietario del fondo e quali sieno i pesi inerenti. In ogni ipotesi egli può richiedere le opportune cautele per un possibile caso di evizione.

L'aggiudicatario non ha alcuno di questi sussidii. Il debitore non ha interesse di manifestare i pesi inerenti all'immobile, e l'espropriante gli è anche di poco ausilio, specialmente se non è creditore ipotecario per convenzione.

È frequente il caso di un aggiudicatario che, dopo di aver pagato il prezzo, si vegga citato da un domino diretto *sconosciuto* per sentirsi devolvere il fondo *ob canones non solutos* o per deteriorazione.

È questa la ragione principale della diserzione degl'incanti, se si mette da parte la crisi economica, che non può essere durevole; e che perciò non può essere sufficiente ragione di un mutamento, che renderebbe impossibile il credito fondiario ed

Digitized by Google

agrario. È la mancanza di sicurezza dell'acquisto, che rende principalmente deserti gli incanti. Ed a questo bisogna provvedere, statuendo che l'immobile, è trasmesso al compratore purgato da ogni azione reale, sia revindicatoria sia ipotecaria.

Che tutti gli aventi diritto sull' immobile, seguita l'aggiudicazione, possano sperimentare i loro diritti nel giudizio di graduazione.

Che, divenuto irrevocabile il verbale di assegnazione, e di liquidazione dei crediti, si sciolga ogni rapporto giuridico degli aventi diritto fra loro, salvo qualunque azione potesse loro competere contro il debitore.

Questa materia è stata ampiamente trattata nel *Diritto dei terzi* Vol. 1° pag. 315.

Insomma proponiamo di stabilire per le aggiudicazioni per espropriazione forzata quello stesso, che la legge dispone per le espropriazioni per pubblica utilità, nelle quali l' espropriante, depositato il prezzo, diventa assoluto e libero proprietario dell'immobile spropriato.

La seconda innovazione si è di collocare nello stesso luogo i tre uffici: *del registro, del catasto e della conservazione delle ipoteche*, coordinandoli e fondendoli fra loro. Non essendo obbligatoria la trascrizione di ogni trasferimento della proprietà e dei diritti immobiliari, occorre indurre i contraenti con mezzi indiretti ad operar sempre la trascrizione per non discontinuarne la serie.

Al mezzo indiretto della necessità di un atto pubblico o di una scrittura privata *autenticata* che abbiam proposto, se si aggiunge il comodo di poter nello stesso luogo e nello stesso tempo registrare l'atto, trascriverlo ed operar la voltura, si avrà la pubblicità, senza interruzione, di ogni mutamento o modificazione.

Che se questi due mezzi indiretti non si volesse adottare, sarebbe miglior consiglio stabilire quello, che da alcuni si propugna, la trascrizione obbligatoria di ogni mutamento o trasformazione di proprietà fra le parti e rispetto ai terzi, la quale, se offende attualmente inveterate consuetudini, non tarderà a divenire ancor essa una consuetudine, che sostituisce l' antica.

14. Che diremo del sistema, che dicesi *tavolare?*

Digitized by Google

Questo sistema si fonda sul *catasto* e *sul libro fondiario*.

Ora formato il *catasto* nel modo stabilito dalla nostra legge e mantenuto nella stessa guisa nelle successive volture, dichiarate obbligatorie, colla trascrizione nei registri del Conservatore di tutti i trasferimenti della proprietà e dei diritti reali e delle loro successive modificazioni, si avranno i due registri sui quali si fonda il sistema tavolare, equivalendo il registro della conservazione delle ipoteche al libro fondiario. La differenza però è gravissima negli effetti.

Secondo il sistema italiano l'iscrizione nel catasto, la trascrizione o la iscrizione nei registri della Conservazione non sanano i vizi dell'atto, che s'iscrive. La iscrizione e la trascrizione non servono che a dare la pubblicità all'atto, al contratto, il quale continua ad avere i suoi vizi se ne ha, e produce nell'interesse delle parti e dei terzi, l'effetto che il codice civile stabilisce. La iscrizione nel catasto non costituisce che una presunzione di possesso. Onde sia l'agente delle Tasse che il Conservatore delle Ipoteche non sono che meri ufficiali amministrativi. Per contrario, secondo il sistema tavolare, la iscrizione nel catasto coordinata coi libri fondiarii sana nell'interesse dei terzi ogni vizio dell'atto, che s'iscrive. L'iscritto nel catasto è il proprietario con i soli vincoli iscritti nel libro fondiario.

Rechiamo qualche esempio per chiarire la differenza.

Un atto o contratto traslativo o dichiarativo di proprietà o di diritti reali può essere nullo per incapacità dei contraenti o per difetto di causa ; può essere risolubile per inadempimento di condizioni, o di pesi e di oneri, per lesione, per sopravvegnenza dei figli; per riscatto; può essere soggetto a riduzione per lesione alla legittima.

Iscritto l'atto o il contratto nel catasto e nei libri fondiarii, ogni vizio è sanato nell'interesse dei terzi i quali contrattano sul fondamento dei medesimi avendo pubblica fede. Ogni azione deve essere diretta contro il contraente, la quale diviene meramente personale, se costui non è più proprietario della cosa, di cui è oggetto l'azione.

Ciò appare veramente grave nei casi, nei quali il fatto, che dà origine al diritto, non può essere prenotato nei libri fondiari, perchè non si è ancora verificato. Così l'azione di riduzione

Digitized by Google

contro le donazioni, che offendono la legittima, di immobili o di diritti sopra i medesimi, non può nascere che all'apertura della successione. Talvolta la donazione ha luogo quando non si hanno figli, ed anche avendone non hanno costoro alcun diritto a prenotare un diritto eventuale alla legittima. Alienato l'immobile o gl'immobili donati dal donatario, che è iscritto, e sostituito in sua vece il nome dell'acquirente nei registri, il legittimario, il figlio nato non hanno che un'azione personale contro il donatario, divenuto insolvibile. Il nuovo iscritto surrogato al donatario non può essere molestato.

Questi effetti della iscrizione nel catasto e nel libro fondiario producono tre danni.

Si sagrifica il diritto certo degl'incapaci, dei figli nasciturí e dei legittimari alla tutela esagerata dei terzi.

Si offende la libertà delle convenzioni e lo stesso commercio fondiario, dando largo campo alla iscrizione di tutti i diritti condizionali ed eventuali, e concedendo loro effetto rispetto ai terzi, prima che sieno introdotte le rispettive azioni, purchè sieno stati iscritti. E forse si sentirà anche il bisogno di ammettere le prenotazioni come accade nella Prussia e nell'Austria.

Ed il terzo danno è di dovere affidare l'uffizio di conservatore d'ipoteche e del catasto ad un giudice, che deve disporre la iscrizione, intese le parti. Sicchè occorre fare un giudizio per tutti gli atti o contratti, che si debbono iscrivere, sebbene in avvenire niun litigio potesse sorgere o perchè le parti sono di buona fede o perchè le condizioni, i modi ed i fatti, che dànno nascimento alle nullità, rivocazioni o riduzioni non si sono verificati; d'onde sorge la necessità di dover creare nuovi giudici incaricati di tale ingente lavoro, della cui esattezza sieno personalmente responsabili. Il che mi fa paura.

Lo Stato deve determinare con chiarezza i modi di acquistare e di trasmettere la proprietà delle cose ed i diritti sulla medesima e fornire ai contraenti i mezzi opportuni per conoscere chi siano i proprietari e le modalità, lasciando ad essi la cura di appurarne la condizione, e fare gli atti ed i contratti in conformità delle leggi.

Non ha certo il dovere di far esaminare se in ogni atto o contratto le leggi si sieno osservate e solennemente farlo dichia-

Digitized by Google

rare per rendere sicuri i terzi che dopo la solenne dichiarazione quell' atto o quel contratto è scevro di ogni vizio a danno dei contraenti.

La solenne dichiarazione del giudice deve intervenire quando nasce la lite, non in tutti i casi nei quali si formi un atto o un contratto.

Se in alcuni paesi, dove vige il sistema tavolare, per non sagrificare il dritto dei contraenti, in caso di errore del giudice nell'ordinare la iscrizione, si è chiamato in sussidio responsabile lo Stato, e se in alcuni altri paesi si son fatte eccezioni a danno dei terzi, e si è richiesta la buona fede, esame spesso fallace ed incerto, non vale la pena di ordinare tali giudizi preventivi, quando non se possono ottenere tutti i vantaggi che si sperano.

Riputiamo per conseguenza più conforme alle nostre tradizioni di estendere la pubblicità a tutti gli atti traslativi e dichiarativi della proprietà e dei diritti, a tutte le azioni, che vi si riferiscono, e rendere perfetto il catasto e conservarlo tale, e mantenere inviolato il principio che la iscrizione nel catasto e la pubblicazione mediante la trascrizione e l'iscrizione dei titoli, non sanino i vizii di essi titoli, i quali avranno, nell' interesse delle parti e dei terzi, quel valore, che le leggi stabiliscono.

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

Delle spese della Conservazione e del miglioramento delle cose rispetto ai terzi

SOMMARIO

1. Dottrina del diritto romano.
2. Dei paesi nei quali fu ammesso il diritto romano.
3. Dottrina del diritto francese, rispetto ai mobili.
4. Rispetto agl'immobili.
5. Dottrina speciale del Codice Albertino relativa ai mobili.
6. Relativa agl'immobili.
7. Dottrina della legge Toscana.
8. Dottrina della legge Belgica.
9. Varietà sul privilegio delle spese di conservazione e di miglioramento secondo le diverse legislazioni e le opinioni degli scrittori.
10. Sistema del Codice italiano rispetto alle spese di conservazione e di miglioramento del mobile migliorato e conservato.
11. Cancellazione dal Codice italiano del privilegio delle spese della conservazione e del miglioramento dell'immobile—Relazione del Guardasigilli—Del Commissario della Commissione del Senato—Discussione nella Commissione di coordinamento.
12. Del diritto di ritenzione dell'immobile rispetto all'azione ipotecaria ed all'azione rivendicatoria.
13. Inconvenienti che credonsi derivare dall'abolizione del privilegio.
14. Della legge del 23 gennaio 1887 sul credito agrario.
15. Riforma dell'articolo 562 del Codice Civile.

I. Secondo i principî del diritto romano le spese per la conservazione delle cose mobili o immobili sono privilegiate sulla cosa conservata. Insegna Ulpiano nelle leggi 5 e 6 del titolo 4 *Qui potiores in pignore vel hypoteca habeantur.* (lib. 20 lit. IV: *Interdum posterior potior est priore, ut puta; si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit: veluti, si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero*—Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam; *quod poterit quis admittere, etsi in cibaria nautarum*

Digitized by Google

fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat (1). È la novella 97 cap. 3 così esemplifica questi crediti privilegiati: *Quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare aut fabricare, aut reparare, aut domum forsan aedificare. aut etiam emi agrum, aut aliquid horum: in his enim omnibus priores existunt posteriores creditores, quorum pecuniis empta aut renovata res est, iis qui etiam multo antiquiores sunt.*

C'insegna poi Papiniano nella legge prima sotto il titolo 2. *In quibus causis pignus vel hypoteca tacita contrahitur*, lib. 20: *Senatusconsulto quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulae creditori datum qui pecuniam ob restitutionem aedificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino mandante, nummos ministravit* (2).

Giusta le regole della polizia amministrativa l'autorità pubblica poteva costringere i proprietari a ricostruire gli edifici caduti, o minaccianti ruina, *ne urbs ruinis deformetur*. Sicchè il Senato consulto ebbe per iscopo di agevolarne il modo ai proprietari.

Due quistioni principali si agitarono e si agitano tuttavia tra gl'interpetri del diritto romano, antichi e recenti.

Quale sia l'estensione di questo Senato-consulto, se cioè il *restituire* comprenda anche il semplice *reficere* e si limiti ai soli edifici.

Se sia concessa ipoteca tacita privilegiata, o semplice privilegio, rispetto ai soli creditori chirografari, a coloro, che avessero conservata la cosa, che non fosse un edificio da ricostruirsi, ripararsi in tutto o in parte.

---

(1) Talvolta il secondo creditore è preferito al primo; come per esempio, se, ciò che il secondo creditore mutuò, è stato speso per conservar la tal cosa; come se una nave fu obbligata ed io darò danaro per armarla o rifarla. Perchè il danaro di lui fece salva la causa di tutto il pegno.

Il che potrà anche ammettersi se si fece credito per vitto dei marinari senza dei quali la nave non poteva arrivar salva.

(2) Per Senato consulto fatto sotto l'imperatore Marco, il pegno del casamento dato al creditore, che diede danaro a mutuo per ricostruire un edifizio si estendeva anche a colui, che somministra danaro all'appaltatore per incarico del padrone.

Digitized by Google

Su di che non c'intratterremo, avendo per la nostra trattazione un semplice valore storico di poca importanza (1).

Rispetto ai lavori utili o voluttuosi riconosciuti sotto nome di miglioramenti, si ha diritto a ritener la cosa migliorati, fin chè il possessore non sia soddisfatto. Ma se fosse cessato, per qualunque causa il possesso, si aveva una semplice azione personale.

2. Nei paesi, nei quali fu accettato il diritto romano, le leggi romane intorno alla conservazione ed ai miglioramenti sulle cose ebbero larga interpetrazione non in modo uniforme, ma dove più dove meno. Generalmente fu ammessa la distinzione tra spese necessarie, utili e voluttuose.

Chi conserva la cosa, fa salva la causa del pegno; onde ha dritto a tutta la spesa necessaria per conservarla con privilegio su tutti gli altri creditori.

Chi la migliora, ha privilegio per quanto si è aumentato il prezzo della cosa, non essendo giusto che ne profittino i creditori ed il debitore finchè però sarà in possesso della cosa migliorata. Onde se l'avesse consegnata al debitore, diventava creditore ordinario salvo non avesse convenuto una speciale cautela.

3. Il Codice francese, avendo riguardo alle consuetudini ed al modo di giudicare dei tribunali ed al diritto dei terzi, fece distinzione fra i mobili e gl'immobili.

Coll'articolo 2102 n.° 3, concesse il privilegio *per le spese fatte per la conservazione del mobile conservato* (2).

La scuola e la giurisprudenza ritengono, che detto privilegio non si estenda al caso dei miglioramenti, e che il medesimo si estingua quando il mobile sia passato ad un terzo possessore, per la regola che il privilegio mobiliare non ha seguito.

4. Rispetto agl'immobili si sancisce il privilegio nel seguente articolo 2103 n. 4 e 5.

---

(1) Si può consultare il Vinnio nelle quistioni scelte, lib. 2 cap. IV; *an is qui pecuniam tradidit ad navem armandam vel reficiendam, tacite pignus habeat*, e Voet nel n. 28 sotto il capitolo secondo del libro 20 del Digesto.

(2) Rispetto al comodato ed al deposito vi sono regole speciali, articoli 1886, 1896, 1947.

Digitized by Google

« Gli architetti, gli appaltatori, i muratori ed altri operai impiegati nella fabbrica, ricostruzione o riparazione di edifizii, canali o qualunque altra opera, purchè però per mezzo di un perito nominato *ex officio* dal tribunale di prima istanza, nel cui distretto sono situati gli edifizii, siasi preventivamente steso processo verbale ad oggetto di comprovare lo stato dei luoghi relativamente ai lavori, che il padrone dichiarerà di voler fare, e che le opere siano state, entro sei mesi al più dal loro compimento, verificate da un perito egualmente nominato *ex officio*, La somma per altro del creditore privilegiato non può eccedere il valore verificato col secondo processo verbale e si riduce a quel di più che è valuto lo stabile nel tempo dell'alienazione per effetto dei lavori fatti nel medesimo.

« 5. Quelli, che hanno improntato il danaro per pagare o rimborsare gli operai godono dello stesso privilegio, purchè sia comprovato autenticamente nell'atto dell'imprestito con la ricevuta degli operai, siccome s'è detto dianzi per coloro, che hanno imprestato danaro per lo acquisto di uno stabile. »

La legge del 16 settembre 1806 estese il privilegio ai lavori di disseccamento. La legge del 20 aprile 1810 concesse il privilegio per le spese occorrenti per la scoverta delle miniere.

Il danno, che un tal privilegio può arrecare ai precedenti creditori iscritti, è, che la loro garenzia ipotecaria si estende sul prezzo dell'edifizio, non quale potrebbe risultare dalle vicissitudini dell'asta, ma quale viene valutato da un perito. I creditori iscritti non sono avvisati; la giustezza del prezzo è tutta fondata sull'integrità e sulla dottrina del perito nominato *ex officio* dal tribunale.

Ma hanno il vantaggio, che l'edifizio si ricostruisce e si rinnova a spese altrui, dividendo secondo il grado delle iscrizioni il prezzo stabilito dal primo perito nominato dal tribunale, purchè sia raggiunto all'asta. Sul residuo, se ve ne sia, si esercita il privilegio e se il medesimo, costituente il maggior valore, sia esuberante, di esso si vantaggiano tuttavia quei precedenti creditori iscritti, che non sono giunti ad esser soddisfatti sul prezzo originario.

6. Il Codice Albertino, conservando la distinzione tra mobili ed immobili, concesse nell'articolo 2157 n. 3 il privilegio per le

Digitized by Google

spese fatte *per la conservazione e miglioramento dei mobili esistenti ancora presso coloro, che hanno fatte le spese.*

Fu questa una specialità. Imperocchè le leggi civili di Napoli ed il diritto Pontificio avevano accettato il Codice francese; il Codice di Parma, art. 2144, e l'Estense, 2136, avevano dato al privilegio una maggiore estensione, concedendolo non solo per la conservazione della cosa, ma ancora in modo generico per le mercedi degli artefici ed operai sopra la cosa intorno a cui avessero eseguito il loro lavoro.

Il Codice Albertino fu dunque il primo che introdusse la formola « *spese fatte per la conservazione e pel miglioramento dei mobili* » subordinando però il privilegio al caso che le cose si trovassero ancora presso coloro che *fecero le spese.*

Il Codice Albertino fece di più; stabilì che nel caso di concorso di vari creditori privilegiati, le spese di conservazione e di miglioramento fossero preferite a quelle del venditore.

6. Rispetto poi agl'immobili accettò nell'articolo 2158 l'articolo del Codice francese con due lievi modificazioni, estendendo un privilegio anche per le spese fatte *a migliorare* un *immobile*, senza alcuna limitazione, e disponendo che la verificazione dei lavori dovesse esser fatta fra tre mesi al più dalla loro ultimazione

Sul progetto di questo articolo il Senato di Genova fece le seguenti osservazioni:

« Fra i crediti privilegiati sopra gli stabili figura pel primo quello degl'intraprenditori, architetti ed altri per le opere e provviste impiegate a costruire, riparare e migliorare l'immobile; ma il progetto, che concorda in questo punto con quanto veniva disposto dal Codice francese, restringe, come quello, cotale privilegio al maggior valore che abbia lo stabile al tempo dell'alienazione derivante dai lavori fatti nel medesimo.

Le quistioni, che più di una volta si sono presentate intorno a simile disposizione, hanno fatto conoscere la convenienza che vi sarebbe di distinguere le spese di vera necessità da quelle di solo miglioramento. L'architetto od altri, che abbia dato il suo danaro per un'opera indispensabile e senza della quale l'edifizio sarebbe mutato in rovina, non dovrebbe essere mai esposto a perdere alcun che del suo credito, e quindi il privilegio, che

Digitized by Google

la legge gli accorda per la sua garanzia, dovrebbe senza limitazione colpire tutto il prezzo, che si venga a ricavare nella vendita di quello stabile. Ma se invece il credito procede non a conservare, ma a migliorare l'immobile, allora sta bene che i diritti del creditore rispetto ai terzi sieno ristretti a quel maggior valore, che si debba attribuire a quella medesima opera, da cui nasce il credito. Nel senso di questa osservazione, ove venisse adottata, si dovrebbe riformare l'ultima parte dell'articolo onde spiegarvi che il privilegio si restringe al maggior valore solamente quando il credito proceda da lavori, che siano stati fatti sullo stesso per miglioramento.

Un' altra osservazione occorre di fare intorno alla disposizione che si esamina. Ivi è prescritto che per mezzo di un perito da deputarsi dal tribunale si faccia constare in apposito verbale dello stato dei luoghi relativamente ai lavori che il proprietario abbia dichiarato di voler eseguire, e che quindi i lavori fatti sieno verificati da un perito deputato d'ufficio nel termine ivi stabilito.

Questi incumbenti, che sono della maggior importanza, non potranno mai inspirare la necessaria consistenza e prevenire in molti casi le contestazioni, cui dànno luogo non di rado le perizie, di cui si ragiona, con ordinare, che tanto alla prima quanto alla seconda, debbono essere citati i creditori iscritti ».

La Commissione rispose:

« Tuttochè l'opinione del Senato di Genova possa meritare gravissime considerazioni, siccome già si è fatto dai commentatori francesi, si osserva che l'accertare i limiti rispettivi dei miglioramenti e delle riparazioni necessarie è cosa oltremodo difficile, ed accade sovente che riparando si migliora e migliorando si ripara. Ma per la gravità del soggetto, di cui si tratta, dove le distinzioni troppo sottili non devono trovar luogo è sul riflesso che quando si dice *maggior valore*, non si esclude anche la totalità del prezzo dell' immobile, qualora la riparazione ne abbia impedita la totale distruzione, non si crede quindi di dover mutare l'articolo.

« La Commissione pensa di dover lasciare l'articolo come sta nel progetto, anche per non privare i creditori ipotecarii anteriori di quella quota di valore, che consisteva nella parte dell'im-

Digitized by Google

mobile, che esiste indipendentemente dalle spese fatte dagl'intraprenditori, architetti ed altre persone contemplate nell'articolo, valore, che deve emergere dalla combinazione dei due verbali.

« Non si crede del pari di poter prescrivere che i creditori iscritti sieno citati per assistere tanto alla prima che alla seconda perizia; perchè ciò indurrebbe dilazione ed accrescimento di spese, e non sembra neppure esservi plausibile motivo di diffidare della esattezza e della regolarità delle perizie, perchè i periti sono scelti dal Tribunale, nè in caso di collusione o frode viene preclusa la via d'intaccare i loro atti. »

Nata quistione intorno alla concorrenza tra il privilegio del venditore e quello degl'intraprenditori nel Consiglio di Stato, il Guardasigilli disse:

« Che chi ha migliorato l'immobile deve esser preferito al venditore per la concorrenza del maggior valore, che ha lo stabile al tempo della espropriazione od altra alienazione, che dia luogo alla distribuzione del prezzo, ed allora quando il maggior valore deriva dai lavori fatti intorno all'immobile, giacchè senza di essi quel maggior valore non sarebbe esistito ».

Un membro riconosce, che, se una cosa valeva, p. e., lire 10mila e mediante le fatte riparazioni vale lire 15mila, l'intraprenditore o architetto deve esser preferito al venditore per la concorrenza delle lire 5mila, di cui fu accresciuto lo stabile. Ma pone la fattispecie di una casa, la quale, valendo come sopra lire 10mila, ed accresciutone poscia il valore di altre lire 5mila colle fatte riparazioni, venga in progresso a valere solo lire 10mila al tempo dell'espropriazione, sarà preferito il venditore o l'intraprenditore?

Il Guardasigilli dice, che il venditore sarà preferito. Il valore antico, cioè prima delle riparazioni, essendo di lire 10mila, queste sono spese dal venditore; l'intraprenditore e l'architetto non hanno privilegio se non che sul maggior valore, che ha lo stabile al momento dell'alienazione.

Fu senz'altre osservazioni adottato l'articolo.

Quest'ampia discussione fa veder chiare le ragioni, per le quali non s'intese fare alcuna mutazione al sistema del Codice francese, sebbene vi si riconoscessero dei difetti. Ne profittò però la legge Toscana e la Belgica.

Digitized by Google

La legge toscana del 2 marzo 1836 nell'articolo 19 ha la seguente disposizione: « Sono privilegiati:

Il sovventore del danaro e dei materiali per restaurare completare o migliorare lo stabile o per pagare gli operai, che si sono impiegati nei lavori di restauro, compimento o miglioramento dello stabile, purchè dall'atto dell'imprestito risulti che la sovvenzione è stata fatta per dette cause, e purchè sieno osservate le forme, di che al successivo num. 3, e sia provato che i lavori come i pagamenti degli operai, sieno stati eseguiti con materiali e con i danari somministrati—Gli architetti cottimanti, muratori e altri impiegati nei lavori, che fecero, o in beni di suolo o di fabbrica, o di opere manufatte esistenti nei medesimi, qualora avanti che sia posto mano ai lavori, abbia avuto luogo il riscontro del precedente stato del fondo per mezzo di perito deputato dal tribunale e qualora successivamente ne sia stata verificata la esecuzione, come pure la somma effettivamente erogata, mediante una seconda perizia da effettuarsi nel modo stesso della prima dentro due mesi dalla ultimazione dei lavori. Per le opere e per le spese di riparazione, di compimento e di miglioramento, delle quali si è trattato nei numeri 2 e 3, il privilegio dei creditori, rammentato nei numeri, stessi è conceduto per l'importare dell'aumento di valore risentito dal fondo in conseguenza di dette opere e spese, *e, quanto alle riparazioni necessarie alla conservazione del fondo, per il totale importare del credito*—In ogni e qualunque caso il credito non partecipa del privilegio che per la somma effettivamente erogata e risultante dalla seconda perizia. 4. *Il difensore per gli onorari e per le spese anticipate nel giudizio sostenuto per la conservazione o per il ricupero dell'immobile o del prezzo sull' immobile conservato o ricuperato* ».

È la sola legge, che distingue il modo di valutazione delle spese necessarie ed utili, e riguarda il privilegio degli avvocati e procuratori.

8. Venne da ultimo pubblicata la legge belgica del 16 decembre 1851, la quale accolse gli articoli del Codice francese e intorno al privilegio per le spese occorse alla conservazione dei mobili, ed in quanto agl'immobili, *dissodare terreni*, o essiccare

Digitized by Google

stagni, edificare ricostruire e riparare edifizi, canali o altre opere qualsiasi.

Se nonchè si aggiunse che fossero citati legalmente i creditori iscritti per costatare lo stato dei luoghi relativamente alle opere, che il proprietario dichiarasse di voler fare.

Se dunque la legge toscana delle osservazioni fatte dal Senato di Genova accolse il modo di valutazione delle spese necessarie, la legge belgica ammise l'obbligo di citare i creditori iscritti per la valutazione.

9. Dalla storia del diritto romano, dal modo come fu inteso ed applicato, e dalle legislazioni moderne di Francia e del Belgio e dei diversi Stati italiani, si trae, che in ogni tempo e luogo è stato concesso il privilegio in genere per le spese di conservazione dei mobili, essendovi una notevole varietà se dovesse estendersi anche ai miglioramenti fatti sopra i medesimi.

Rispettivamente agl'immobili, la varietà è maggiore, avuto riguardo al pubblico interesse, ai principî di equità ed al diritto dei terzi. Imperocchè vi è varietà intorno ai seguenti punti.

Se il privilegio debba aver luogo per le sole spese necessarie a ricostruire, o riparare un immobile, ovvero anche per le spese utili, cioè, dirette a migliorarlo.

Se si deve limitare alla ricostruzione, riparazione o miglioramento dei soli edifizi, o possa estendersi anche ai terreni.

Se il privilegio per le spese erogate per la conservazione e pel miglioramento siano dovute pel maggior valore, che abbia acquistato l'immobile, ovvero debbasi fare distinzione tra le spese necessarie ed utili; concedere il privilegio per tutte le spese necessarie su tutto il prezzo dell'immobile, e per le spese utili limitarlo al maggior valore dello stesso al tempo dell'alienazione derivante dalle opere prestate.

Come debbe essere determinato lo stato dei luoghi preventivamente alle opere, che s'intendono fare, se basti cioè una perizia da farsi da un perito nominato dal tribunale ovvero occorra avvertire ad intervenirvi tutti i creditori iscritti.

Non si tien ragione di altre varietà, che si notano nelle diverse legislazioni, perchè non hanno alcuna importanza come lo stabilimento dei termini per la verifica dei lavori, e la iscri-

Digitized by Google

zione del privilegio, che dipende dalla varietà dei diversi sistemi ipotecarii.

10. Il Codice italiano seguendo tutte le legislazioni, le quali fanno distinzioni frà mobili ed immobili, stabilisce nell'articolo 1958 n. 7, che hanno privilegio speciale:

Le spese fatte per la conservazione o pel miglioramento dei mobili, sopra gli stessi mobili conservati, o migliorati, sempre che si trovino ancora presso coloro, che fecero le dette spese.

È il Codice Albertino, che si è avuto presente, per formolare e sancire questo articolo.

È notevole ed è speciale la disposizione, che per potersi conservare il privilegio bisogna avere la cosa presso di sè, onde l'autore della spesa ha non solo il diritto, ma anche il dovere della ritenzione della cosa conservata o migliorata, se non vuole perdere il diritto di privilegio, valendo la consegna come una rinunzia al medesimo.

Ma ciò accade se la consegna sia volontaria; imperocchè se il possessore è obbligato a consegnare la cosa a chi dalla legge si stabilisce, non si perde il privilegio. Così il custode dei mobili pegnorati, che consegna all'usciere gli effetti da lui custoditi nel fine di vendersi all'asta pubblica, deve far valere il privilegio sul prezzo degli effetti da lui custoditi e venduti dall'usciere, cui li ha consegnati.

11. Relativamente poi alle spese di conservazione e di miglioramento sopra gl'immobili di qualunque natura non è concesso alcun privilegio.

Il Guardasigilli, l'egregio Giuseppe Pisanelli, ne rende così ragione nella sua relazione al Senato:

« Furono ancora soppressi due altri privilegi, quello di chi somministra il danaro per pagare il prezzo di un immobile o soddisfare un creditore privilegiato, *e quello degl' imprenditori e costruttori.*

Chi paga il debito di un altro non ha bisogno di speciale privilegio o d' ipoteca speciale per garantirsi ecc. ecc.

L' altro dei menzionati privilegi, se può facilmente giustificarsi in teoria, riesce però di poca utilità e fecondo di serie contestazioni nella sua pratica applicazione.

Se l' immobile, cui vogliono farsi delle riparazioni o dei mi-

Digitized by Google

glioramenti, presenta un valore libero a garanzia del costruttore, è ovvio di provvedere ai suoi interessi coll' ipoteca convenzionale, che si estenderà naturalmente a tutti i miglioramenti, alle nuove costruzioni e alle altre accessioni dell' immobile ipotecato.

Per contro, se il valore dell' immobile trovasi già quasi assorbito dai crediti iscritti, è generalmente impossibile di trovare un costruttore di buona fede, che voglia prestare i suoi capitali coll' incerta garanzia del privilegio.

È raro il caso in cui il valore dell' immobile si accresca in proporzione della spesa occorsa per le riparazioni o pei miglioramenti ; trattandosi di fondi rustici, l' aumento di valore succede non ad un tratto, ma progressivamente, in guisachè il privilegio non potrà essere pienamente efficace, se non dopo molto tempo, che gli altri creditori non possono e non sono obbligati di attendere per far valere i loro diritti.

L' esperienza ha dimostrato, che si verificò raramente l' esercizio di tale privilegio, e che, quando ciò avvenne, esso diede origine a gravi contestazioni; perchè dubbia la fede dei verbali di stima, cui si appoggia, eseguita senza il contraddittorio dei creditori ; perchè facile e probabile la frode fra il proprietario e il costruttore a danno dei medesimi. Onde gli annali di giurisprudenza rivelano che lo stesso privilegio non riesce di pratica utilità, se non a un debitore o ad un costruttore di mala fede, sia col far comparire minore del vero il valor primitivo dell' immobile, sia col fissare le spese occorse ed i relativi miglioramenti ad un importo eccedente il vero. »

L' egregio senatore Vacca, membro della commissione del Senato incaricato dell' esame del progetto del Codice civile, giustifica nel modo seguente la soppressione del privilegio:

« Toccando del privilegio dell' intraprenditore, del costruttore o dell' architetto, non sia vano il ricordare come simigliante privilegio istituito dal Senato consulto di Marco Aurelio, non consentivasi che a colui, il quale soddisfatto avesse col suo danaro l' imprenditore o l' operaio, ma singolarmente pel caso di un edifizio distrutto, *ne urbs ruinis deformetur* come di poi la giurisprudenza francese, generalizzando il privilegio del Senato consulto, lo avesse allargato ad ogni opera d' arte, che intende ad edificare, riparare o ricostruire, accordando il privilegio all' im-

Digitized by Google

prenditore, al costruttore ed all'architetto — Sonvi o pur no ragioni valevoli a mantenere il sistema? Il progetto adottava il sistema negativo, e la Commissione vi aderisce.

Fu osservato opportunamente che l'imprenditore o l'architetto, ponendo mano alla riparazione di un immobile o a qualsiasi opera d'arte, trovano agevole il modo di garantire le loro ragioni di credito mercè l'ipoteca convenzionale comprensiva eziandio dei miglioramenti e delle accessioni indotte all'immobile ipotecato.

E d'altra parte col sistema, che accorda il privilegio, si va incontro di leggieri alla facilità delle frodi e delle collusioni tra il proprietario ed il costruttore principalmente a cagione della poca sincerità dei verbali di stima, il che può tornare a grave danno dei creditori ».

Nella camera dei Deputati l'onorevole Mancini osservava, che i capitali, i quali s'impiegano nei miglioramenti delle terre, meritano, se non altro, lo stesso privilegio, che dal nuovo Codice è accordato a chi migliori col suo capitale l'altrui cosa mobile. E il deputato Panattoni proponeva di conservare il privilegio a favore degl'intraprenditori e costruttori. Si tolgano (egli diceva) le formalità, che rendono detto privilegio causa di difficoltà e d'imbarazzi; ma non si condanni un privilegio necessario ad incoraggiare la speculazione e l'industria ».

Questa osservazione e questa proposta formano oggetti di speciale esame da parte della Commissione coordinatrice del progetto del Codice.

Uno dei commissari (Pisanelli) dichiara che quando egli imprese a compilare un nuovo progetto del Codice italiano sul progetto Miglietti, che non ammetta l'accennato privilegio, ed anche non l'ammetteva il Codice Estense e il progetto Cassinis, sentì il debito di studiar la quistione se si dovesse introdurre in esso qualche disposizione consimile a quella delle leggi inglesi, che accordano un diritto di prima ipoteca al creditore per miglioramenti fatti nelle altrui terre e ciò allo scopo di favorire il progresso agricolo; che tuttavia si era deciso a non fare innovazione alcuna su questo punto al menzionato progetto per le gravi difficoltà e le infinite liti, cui poteva dar luogo nella sua pratica attuazione il privilegio dei miglioramenti delle terre;

Digitized by Google

essendo assai malagevole accertare con sicurezza il valore del fondo prima che fosse migliorato e poi quello dei miglioramenti; che a non mantenere il privilegio degl'imprenditori e costruttori fu egli spinto dalla concorde opinione di tutti coloro, che si credette dover interrogare su questo punto, i quali affermavano esser quel privilegio fomite di frodi e di litigi.

Il Commissario Chiesi fu dello stesso avviso, notando la censura fatta sopra la disposizione dell'articolo 2403 n. 4 del Codice francese e alla soppressione del privilegio fatta dal Codice estense.

Il Commissario de Foresta chiese che non solo fosse conservato il privilegio degli intraprenditori e costruttori, ma che venisse inoltre esteso ai miglioramenti dei fondi rustici quando si trattasse di un miglioramento evidente.

Alla prima considerazione, che non cessava questo privilegio di esser causa continua di liti e di quistioni per le difficoltà, che s'incontravano quando si trattava di stabilire il valore causato dai miglioramenti, disse l'oratore, non aver mai saputo persuadersi che sia fondato il timore di tutte quelle difficoltà e di tutti gli allegati inconvenienti, ai quali forse si potrebbe rimediare; ed essere invece persuaso della utilità grandissima, che deriverebbe all'industria ed all'agricoltura da quei privilegi.

Alla seconda considerazione, che, semplificato il sistema ipotecario, il privilegio mancasse di scopo, egli rispose che l'ipoteca non bastava a far prendere il prezzo sugli altri creditori al creditore di miglioramenti, ond'è che quando uno stabile è già gravato d'ipoteche, niuno vi sarà che voglia impiegare i suoi capitali per migliorarlo. Nè si potrebbe implorare come ingiusta la preferenza del creditore per miglioramenti sopra gli altri creditori, mentre egli, migliorando la cosa ipotecata, ha giovato a tutti i creditori iscritti sopra di essa.

Il Cassinis osservò che oltre che il privilegio fosse dannoso allo stesso debitore, fosse dannoso ai creditori: imperocchè, se si vuole evitare l'ingiustizia che il creditore privilegiato sia soddisfatto a scapito e pregiudizio degli altri creditori iscritti sulla cosa migliorata, converrà chiamarli tutti, istituirsi in loro confronto un giudizio di stima per determinare il valore arrecato

Digitized by Google

dai miglioramenti, il che darà luogo ad inutili quistioni e spese senza misura.

Il Niutta ricorda gli sforzi fatti in Francia per togliere il privilegio dell'architetto e dell'imprenditore; dice che il privilegio per miglioramenti è ingiusto perchè a pregiudizio dei creditori ipotecarii già iscritti.

12. Escluso dal Codice italiano ogni diritto di proprietà a vantaggio di colui, che ha fatto costruzioni, piantagioni ed opere sul fondo altrui, sia urbano sia rustico (art. 450); ed escluso ogni privilegio per esser rimborsato delle spese per le medesime o del maggior valore acquistato dal fondo, meritano esame tre nuove disposizioni, che si leggono nel Codice.

L'articolo 705 stabilisce, che il possessore tanto di buona che di mala fede non può pretendere pei miglioramenti, se non la somma minore che risulterà tra lo speso e il migliorato.

L'articolo 706 concede al solo possessore di buona fede la *ritenzione* dei beni nei casi, nei quali i miglioramenti fossero stati realmente fatti e sussistessero nel momento della evizione (art. 704), purchè fossero siati domandati nel corso del giudizio di revindicazione, e fosse fornita *qualche* prova della sussistenza in genere dei medesimi.

Ed è possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi (art. 701).

Onde il giudice non può concedere il diritto di ritenzione per le spese di conservazione e di miglioramenti fatti dai *possessori precarii*, secondo che questi son definiti dall'articolo 2115, fra i quali deve annoverarsi il marito quale amministratore dei beni dotali, nè può concederlo allo stesso possessore di buona fede se non la domandi nel corso del giudizio di revindicazione e non offra qualche prova della sussistenza dei miglioramenti.

In tal guisa è stata risoluta una quistione che tanto nei principii quanto nella loro estensione divide la francese.

Se non che presso di noi continua a farsi quistione del valore giuridico di siffatto diritto di ritenzione concesso all'autore dei miglioramenti rispetto all'azione ipotecaria ed all'azione revindicatoria; azione ipotecaria, che può esercitarsi contro il possessore anche di buona fede per debiti contratti dal proprieta-

Digitized by Google

rio e prima e dopo dell'acquisto del diritto di ritenzione, ed azione revindicatoria, che si esercita dall'acquirente della proprietà del fondo senza che ne abbia avuto la tradizione.

Rispetto all'azione ipotecaria l'art. 2020 risolve la quistione.

Il terzo possessore non può invocare alcun diritto di ritenzione per causa di miglioramenti, e ciò per non porre ostacoli al corso della spropriazione.

Ma gli si concede il diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo sino a concorrenza della minor somma tra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto.

È cotesto un diritto più efficace del diritto di ritenzione. Imperocchè, mentre questo si riduce ad un solo diritto di coercizione consistente nella ritenzione del possesso del fondo finchè non si sia soddisfatto, col diritto concessogli dall'articolo 2020; cessato il diritto di ritenzione, si è ammesso il possessore ad essere effettivamente soddisfatto dal prezzo dell' immobile dei soli miglioramenti posteriori alla trascrizione del suo titolo di acquisto.

Onde è confermato il principio che tutti gli autori di spese e di miglioramenti, che non posseggono di buona fede, ossia a titolo di proprietà, il fondo altrui, non solo non hanno rispetto ai creditori ipotecarii alcun diritto di ritenzione, ma neanche hanno un diritto a prelevazione, se non per quelli soli anteriori alla trascrizione del loro acquisto.

In quanto all'azione revindicatoria che si esercita contro il possessore del fondo, che ne ha ottenuto il possesso in conformità dell'articolo 706, questa non può verificarsi che nel caso che il revindicante, il quale ha ottenuto la dichiarazione della proprietà del fondo col vincolo della ritenzione a vantaggio del terzo possessore, alieni il medesimo sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso senza che ne faccia la tradizione all' acquirente.

Il vincolo della ritenzione non deve esser trascritto, dal che deriva che non sia stato considerato come un trasferimento di proprietà o di possesso, o di altro vincolo reale.

Onde l' acquirente non potrebbe veder respinta la sua domanda di tradizione senza che *fosse obbligato* a rimborsare il possessore del valore dei miglioramenti.

Digitized by Google

Che, se si volesse in tal caso concedere al terzo possessore un diritto reale, dovrebbesi nella riforma, che si sta studiando sulla pubblicità dei diritti reali comprendervi anche quello del diritto di ritenzione concesso dall' autorità giudiziaria nei casi determinati dalla legge.

Nello stato attuale della legislazione il terzo possessore potrebbe tutelare il suo diritto coll' azione rivocatoria per frode, se ne sia il caso.

13. L'abolizione pura e semplice del privilegio non è stata generalmente accolta con plauso. Imperocchè mentre si riconosce che nel modo come era ordinato, facilmente convertivasi in danno dei creditori ipotecarii e diveniva fonte di liti, si avverte, che siasi colla sua soppressione tolta ogni maniera di assicurare taluni diritti contro ogni giustizia ed equità.

Si comincia dall'osservare, che l'autorità pubblica, avendo interesse di provvedere all' edilità ed alla polizia locale, è costretta a fare delle opere sopra gli edifizi minaccianti rovina, nè ha modo come rimborsarsi delle spese quando il proprietario è non solvente ed oppresso da debiti ipotecari.

Ma pare che questa osservazione non sia esatta, avendosi riguardo all'articolo 133 della legge comunale e provinciale, nel quale si dispone che la nota di siffatte spese sia resa esecutoria del prefetto, sentito l' interessato, e sia rimessa all' esattore, che ne fa la riscossione *nelle forme e coi privilegi fiscali determinati dalla legge*.

Fra i privilegi fiscali sopra gl'immobili vi è quello del tributo sopra i fabbricati e delle sopra imposte comunali (art. 1962); per cui i diritti del Municipio per le spese di riparazioni e di ricostruzioni sono assicurati.

Si fa poi osservare nell'interesse puramente privato, che non volontariamente ma per conservare la cosa propria è necessità fare delle spese per riparare, o ricostruire la cosa comune senza che queste spese fatte per far salva la cosa e nell'interesse degli altri comproprietarii e dei rispettivi creditori ipotecarii possano esigersi con prelevazione sulla cosa.

Si cita ad esempio la disposizione dell' articolo 562 del Codice civile, nel quale, se i diversi piani di una casa appartengono a più proprietarii, i muri maestri e i tetti sono a carico

Digitized by Google

di tutti i proprietarii in proporzione del valore del piano, che appartiene a ciascuno, e lo stesso si dispone per altre cose comuni considerate come indivisibili.

Dovendosi ricostruire i fondamenti di una casa, i cui piani si appartenevano a diversi proprietarii, convennero costoro fare eseguire i lavori da un appaltatore a cottimo. L' opera cominciò ad eseguirsi. Ma ai primi pagamenti il proprietario di un piano mancò ai suoi obblighi. L' appaltatore procedè contro il medesimo con esecuzione mobiliare, ma infruttuosamente; ricorse alla esecuzione immobiliare, ma lo stato d' iscrizione gli fece conoscere che le iscrizioni dei creditori erano tante, che egli avrebbe preparato con sue spese e fastidio la mensa ai creditori senza potere godere di un obolo del prezzo. Fra le varie opinioni degli avvocati intorno al modo come assicurare il pagamento delle spese già fatte e quelle da farsi, fu prescelto di citare i proprietarii dei quattro piani ed i creditori iscritti, perchè fosse ordinata la prelevazione della rata di spese fatte e facienti nell' interesse del proprietario inadempiente sul prezzo del suo piano o almeno sul maggior valore, che sarebbe derivato da tale rata di spese.

Alla quale domanda dell' appaltatore aderivano tutti gli altri proprietari dei diversi piani contro il proprietario inadempiente del primo piano. Dicevano costoro che essi non per volontà ma per necessità di cose riconosciuta dall' articolo 562 del Cod. civ. dovevano rifare i fondamenti della casa comune; che, conservando colle loro spese la casa, la conservavano nell'interesse di tutti loro e dei creditori, dei quali erano gestori necessarii; che non facendo quelle opere necessarie per la conservazione della casa, questa sarebbe perita in danno loro e dei creditori del piano del proprietario inadempiente; che essi facevano quello, che i creditori avrebbero potuto fare per conservare intatta la garentia loro; che oltre il vantaggio, che essi traevano in tutto dalla loro anticipazione, non potevano poi profittar della medesima, dovendo prelevare dal prezzo aumentato quel maggior valore, che dalle loro opere derivava.

Ma i creditori ipotecarii si opponevano alla domanda dell' appaltatore e degli altri tre proprietarii e, non impugnando la necessità delle opere, deducevano che, qualora i beni sottopo-

Digitized by Google

sti all' ipoteca perissero o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza dei creditori, costoro, lungi di essere sottoposti ad un obbligo, acquistavano il diritto ad un supplemento di ipoteca ed in mancanza al pagamento dei loro crediti (art. 1980); che per l' articolo 1966 l' ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni ed altre accessioni dell' immobile ipotecato. Che nel loro interesse era giuridicamente indifferente se le opere di ricostruzione fossero necessarie o semplicemente utili; fossero fatte dal debitore o da altri, volontariamente o per necessità di legge; che questi terzi, a cui spese si facevano le opere, non avevano alcuna azione personale contro di loro e nè anche un dritto reale sopra il prezzo della cosa, o sul maggior valore derivante alla cosa dalle opere suddette; e che la domanda non tendeva che a ristabilire un privilegio per opera dell' autorità giudiziaria contro la legge, che l' aveva abolito.

I terzi avevan torto secondo il Codice italiano. Essi non avevano nè azione personale contro i creditori nè azione sulla cosa. Fu consigliato intanto ed ai proprietari degli altri piani, ed all' appaltatore, di smettere la lite, all' appaltatore per proseguire la espropriazione e far nominare un amministratore giudiziario, il quale potesse provvedere al caso in luogo del debitore inadempiente. Come amministratore giudiziario aveva interesse di conservar la cosa affidata alle sue cure; poteva, sentire i creditori, essere autorizzato a fare le spese necessarie di riparazione, pagar l' appaltatore e se non avesse dalle rendite somme sufficienti, essere autorizzato a fare un prestito (1). E poichè egli procedeva nell' interesse della massa, avrebbe avuto il diritto di prelevare le somme spese dal prezzo di vendita.

Era questo consiglio un espediente e, se non fosse riuscito, avrebbesi dovuto continuare la spropriazione; l' aggiudicatario

---

(1) Art. 9. Il privilegio stabilito nell' articolo 1961 del Cod. civ. viene esteso a tutte le somme che l' Istituto, in seguito ad autorizzazione del Presidente del tribunale, direttamente o per mezzo del sequestratario, anticipa per la conservazione dei beni. Prog. Modificazioni alle leggi pel credito fondiario 22 febbraio 1885 n. 2922. serie 3 e 17 luglio 1890, n. 6355 (serie 3). Tornata del Senato 29 nov. 1892.

Digitized by Google

avrebbe offerto quel prezzo, che valeva il piano nello stato, in cui si trovava ed avrebbe pensato egli ai suoi interessi, sostituendosi così un proprietario solvente ad uno non solvente.

14. Una legge del 23 gennaio 1887 riconosce la costituzione di mutui privilegiati a favore degl' istituti agrarii debitamente autorizzati per migliorare e trasformare i terreni.

Il principio informante i medesimi è lo stesso di quello, che informava il privilegio degli architetti, degl'imprenditori e degli operai cancellato dal Codice.

Si separa il prezzo originario dell' immobile dall' aumento arrecato al medesimo, destinato il primo a garentire i creditori iscritti, il secondo il mutuo privilegiato.

Il prezzo originario è determinato da un perito nominato dal tribunale con avviso, inserito due volte successivamente nel Bollettino della provincia, di essersi la perizia depositata nell' uffizio delle ipoteche, che avverte gl' interessati, che possono prenderne comunicazione e vi si possono opporre.

In una legislazione, nella quale si concede ad ogni acquirente per liberare il fondo dalle ipoteche di offrire esso il prezzo stipulato, o che esso crede giusto, ai creditori, col diritto a costoro di domandare l' incanto dell' immobile, purchè si obblighino di aumentare o far aumentare di un decimo il prezzo dichiarato o stipulato, offrendo cauzione per una somma eguale dell' intero prezzo aumentato, non può ritenersi come esorbitante per i creditori, che, invece del prezzo risultante dai pubblici incanti, cui avrebbero diritto, dovessero accettare quello determinato da un perito nominato di uffizio. Solo potrebbesi richiedere che all' avviso da inserirsi nel Bollettino della provincia fosse sostituita un' intimazione individuale ai creditori.

Compiute le opere, il maggior valore sarebbe stabilito nella stessa guisa da un perito anche nominato di uffizio, con un avviso per due volte nel Bollettino e col diritto di opposizione concesso agl' interessati.

La somma del credito privilegiato non potrebbe eccedere il valore verificato con la seconda perizia, e si ridurrebbe a quel di più di valore, che avea il fondo al tempo della vendita.

La Commissione estraparlamentare del catasto istituita in Francia al Ministero delle Finanze con decreto del 30 maggio

Digitized by Google

1891 per la riforma del sistema ipotecario e per la istituzione del libro fondiario non ha incontrato difficoltà di conservare il privilegio sul maggior valore, giusta la deliberazione presa dalla sottocommissione nella seduta dell' 8 dicembre 1892, riconoscendo *però che ne fosse rarissima l' applicazione.*

L' avvocato Challemel così si esprimeva sul proposito: « Ciò, che grava la legittimità e l' utilità di tal privilegio, a dispetto della varietà dei casi di applicazione, si è che la legge del 27 settembre 1801 sul disseccamento degli stagni e più tardi la legge del 17 giugno 1856 sulle fognature hanno istituito un simile privilegio a vantaggio di coloro, che consentissero a prestare i fondi necessari per aumentare il valore di certe proprietà immobiliari (1).

La nostra legge speciale del 23 gennaio 1887 non ha avuta alcuna esecuzione. Niuno degl' istituti ha intrapreso l' esercizio del credito agrario e niuno potrà imprenderlo, se non intende andare a certa ruina.

Chi volete che presti danaro ad un proprietario oppresso da debiti, avendo come unica garentia il maggior valore, che deriverebbe al fondo dal danaro, che vi abbia speso?

Ammettendo, che tutta la somma mutuata, per dette spese occorrenti, siasi in tutto e con arte perfetta versata sul terreno, il valore, che ne deriva al fondo rappresenterà, in ogni caso, gl' interessi della somma spesa; e se li rappresenta, il valor capitale ne sarà ottenuto nella vendita o volontaria o giudiziale del fondo?

Se la incertezza delle garentia dissuade gl'Istituti ad intraprendere l' esercizio del credito agrario, la stessa incertezza della garentia deve far fuggire l' onesto capitale dei privati da somiglianti impieghi. E se, qualche usuraio vi ricorre è da presumerne che cerchi il guadagno nelle frodi in danno dei creditori iscritti.

L' esperienza già fatta degli effetti del privilegio concesso dal Codice francese e degli altri, che l' han seguito, assicurata da coloro, che ebbero parte nella compilazione del Codice ita-

(1) Dobbiamo queste notizie all' egregio Professore Emilio Bianchi. Trattato dei privilegi, pag. 727 in nota.

Digitized by Google

liano, non può consigliarne il ristabilimento, poichè, se è giusto intrinsecamente il principio, che l'informa, la somma dei mali, che ne derivano è maggiore dei beni, che produce.

15. Non pertanto non si può diversamente tutelare quel credito, che nasce dalle opere, che ciascuno dei proprietarii dei piani di una casa può essere costretto a fare, giusta l'articolo 562, senza offendere i principii della comunione.

Nella divisione dell'eredità, o di cosa comune i condividenti si debbono rendere i conti, dopo di che, formato lo stato attivo e passivo, ciascuno preleva quello, di cui è creditore della cosa comune, sulla massa ereditaria, sicchè i creditori particolari dei coeredi debbono permettere a danno dei loro crediti iscritti queste prelevazioni che diminuiscono la porzione in genere, che sarebbe spettata al loro debitore (art. 990, 992, 993, 994, 679).

Chi è proprietario non di tutti, ma di uno o più piani di una casa deve provvedere alle riparazioni, alla ricostruzione dei muri maestri, dei tetti, degli anditi, delle porte, delle cisterne ed altre cose comuni in una determinata proporzione. E chi dei proprietarii ne anticipa le spese deve esserne rifatto dall'altro per la sua quota, ma egli non può prelevarla sul valore dei piani per cui si è fatta la spesa, perchè questi non sono comuni e divisibili, ma appartengono a ciascuno dei proprietarii come esclusiva proprietà.

Non sarebbe giusto concedere a questi condomini, che per conservare la cosa comune son costretti ad anticipar la spesa per tutti, a prelevarla dal valore del piano cui è servita, quando questo valore si realizzi per la vendita del piano?

I creditori sanno, quando mutuano il loro danaro al proprietario di uno o più piani di una casa, che questi piani hanno bisogno, per conservarsi, di riparazioni e di ricostruzioni comuni, e possono calcolare sopra un necessario ed ordinario deperimento allorchè stipulano il contratto. Onde potrebbe essere accolta una disposizione presso a poco concepita nel modo, che si legge nella seguente sezione.

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

Progetto di riforma di articoli del Codice civile e di procedura. (1)

« Art. 562. I crediti derivanti dalle riparazioni e dalle ricostruzioni giusta l'articolo 562 del Codice civile dovuti ai proprietarii dei diversi piani di una casa od a coloro che hanno anticipate le somme, debbono essere prelevati, nel caso di non solvenza del proprietario del piano, per la parte, che lo riguarda, dal valore del medesimo rispetto a quei creditori iscritti, che sono stati intesi o amichevolmente o nel giudizio, nel quale sono state disposte le opere eseguite e valutate.

La somma deve essere iscritta fra dieci giorni dal dì che le opere sieno state valutate, sebbene non sieno state ancora approvate. Decorso tal termine il privilegio si converte in ipoteca ».

Art. 933. L'effetto dell'accettazione risale al giorno in cui si è aperta la successione.

Sono reputati eredi apparenti colui o coloro, che hanno accettato l'eredità nella cancelleria nel modo stabilito dagli articoli 934 e 955 e colla esibizione di un atto notorio ricevuto dal pretore, che assicuri la qualità di erede e che non ve ne sieno altri e sia fatta menzione della data del testamento, di chi lo ha ricevuto o presso il quale è depositato, o pure che non vi esista testamento.

Gli eredi ancorchè di mala fede saran ritenuti rispetto ai terzi come se fossero i veri e gli unici eredi, decorsi tre mesi dalla trascrizione di cui è cenno negli articoli 933 e 955. Gli altri coeredi, che posteriormente facessero l'accettazione di eredità, non possono impugnarne gli atti di qualunque natura, purchè trattandosi d'immobili intestati al defunto o ad altri eredi apparenti ne abbiano fatto seguire la voltura in testa loro tre mesi prima dell'atto (2).

Art. 934. L'accettazione può essere espressa o tacita.

---

(1) Tutti gli articoli si riferiscono al Codice civile meno l'ultimo.
(2) N. 8 Conf.

Digitized by Google

È espressa, quando si assume il titolo o la qualità di erede in un atto pubblico o in una scrittura privata. *Potrà anche accettarsi l'eredità e il legato con dichiarazione nella cancelleria della pretura nelle forme stabilite dall'articolo 955, ancorchè non si voglia godere del beneficio dell'inventario* (1).

Art. 1832. Devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione:

1. *Gli atti a titolo oneroso o gratuito*, che trasferiscono o dichiarano proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, ad eccezione delle rendite sopra lo Stato.

Non è necessaria la trascrizione del testamento, che contenga disposizione universale o a titolo universale, in genere, senza specificazione di beni.

2. Gli atti, che costituiscono o *dichiarano* servitù prediale, diritti di uso o di abitazione e trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto.

3. Gli atti di rinunzia a diritti enunciati nei due numeri precedenti.

4. L'atto, con il quale la donna si costituisce in dote un immobile, o altro diritto sopra il medesimo o beni futuri anche senza alcuna specificazione, e ciò quando anche la proprietà non viene trasferita al marito.

5. Le sentenze di vendita all'incanto di proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, eccettuato il caso di vendita seguìta nel giudizio di purgazione a favore del terzo possessore, che ha istituito il giudizio ed eccettuate le aggiudicazioni seguìte agl'incanti fra i *soli* condividenti.

6. I contratti di locazione d'immobili eccedenti i nove anni.

7. I contratti di società, che hanno per oggetto il godimento di beni immobili quando la durata della società eccede i nove anni o è indeterminata.

8. Gli atti e le sentenze, da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni, *o alienazione di frutti nascituri per un tempo eccedente due anni, o di tagli di alberi o di boschi cedui o di*

---

(1) N. 8 Conf.

Digitized by Google

alberi di alto fusto distribuiti in tagli regolari non fatta prima di due anni dalla loro maturità.

Le locazioni, di cui al numero quinto e le liberazioni, e le cessioni ed alienazioni, di cui nel presente numero, se non trascritte, sono riducibili. Il diritto alla riduzione nasce nei creditori dal dì della trascrizione del precetto giusta l' articolo 2085, e negli acquirenti dal dì della trascrizione del loro titolo, e la riduzione vien fatta conformemente all'articolo 493.

9. Le sentenze, che dichiarano *l' esistenza di una convenzione della* natura di quelle enunciate nei numeri precedenti, *purchè le medesime non siano state trascritte.*

Art. 1394. *Si devono pure trascrivere tutte le domande di revindicazione, di nullità, rivocazione, rescissione o risoluzione diverse da quelle indicate nel numero terzo dell'articolo 1993, di riduzione o di altra quale sisiasi natura relativa a ricuperare immobili o diritti sopra i medesimi o a farli dichiarare estinti.*

Le dette domande non possono essere nè iscritte a ruolo nè giudicate a richiesta di parte o di ufficio e son prive di effetti rispetto ai terzi fino alla trascrizione.

Le sentenze pronunciate sulle medesime devono essere annotate in margine della trascrizione dell'atto, al quale si riferisce.

L'annotazione sarà per una ecc.

Articolo nuovo. *Gli atti che interrompono civilmente la prescrizione son privi di effetto rispetto ai terzi fino alla loro trascrizione.*

Articolo nuovo. Non è vietato alle parti di trascrivere qualunque altro atto diverso da quelli sopra indicati. In caso di controversia derivante da pregiudizio derivante al diritto altrui, provvederà l' autorità giudiziaria.

Art. 1945. La cancellaz. ecc:

Sarà poi giudizialmente ordinata ecc:

Nello stesso modo sarà provveduto su tutte le altre domande ed atti, per le quali è richiesta la cancellazione.

Alla fine dell'articolo 1942 aggiungere il seguente capoverso.

Alla trascrizione del legato eseguita entro il termine di tre mesi dall' apertura della successione non recan pregiudizio

Digitized by Google

le ipoteche scritte sull'immobile legato a favore dei creditori dell'erede e le trascrizioni delle alienazioni del medesimo fatte dall'erede.

Art. 1937. Il richiedente ecc.

1. Il nome e cognome ecc.

2. La natura, la data del titolo, di cui si domanda la trascrizione e *l'enunciazione di ciò, che vi si contiene.*

4. La natura e situazione dei beni, a cui si riferisce il titolo, con le indicazioni volute dall'articolo 1979: le quali *non non necessarie nel caso di costituzione di dote di beni futuri o di cessione di eredità.*

Per la trascrizione della dichiarazione ecc.

Art. 1935. *Si aggiunga*—La mancanza di autentica o la legalizzazione produce la nullità della trascrizione o della iscrizione.

Art. 2066. *Si aggiunga* — È tenuto il Conservatore insieme alla copia della trascrizione unire la copia del titolo che è stato, trascritto, se il richiedente espressamente non dichiari di non volerla.

Art. 686. Il possesso ecc.

Ogni possesso di terreno, che eccede la terminazione, delimitazione e misura in conformità della mappa da parte dei possori è illegittimo.

È reputato legittimo possessore l'intestatario di un immobile.

Deve però precedere una disposizione transitoria così concepita:

« Nel termine di un anno dalla pubblicazione della legge sul nuovo catasto si può produrre opposizione alla operazioni di terminazione di limitazione e di rilevamento.

L'opposizione sarà fatta con citazione agl'interessati a comparire innanzi al Pretore del mandamento, dove è situato l'immobile per sentirsi ordinare la rettificazione delle suddette operazioni.

Il Pretore giudicherà della controversia il linea meramente possessoria inviando in sede propria il contendere sul diritto. La sua sentenza divenuta irrevocabile sarà trasmessa di uffizio alla conservazione del catasto, perocchè si proceda alla rettificazione a spese di colui a carico, del quale sono state messe dal Pretore ».

Digitized by Google

Art. 686. Si sostituisce il seguente:

Le azioni di un revindicazione di condominio di usufrutto, di diretto dominio e di alti diritti reali esperibili sui fondi venduti all' incanto, le quali sono state promosse nel modo e nel tempo stabilito dall' art. 699 del presente cod., si possono far valere non più sul fondo espropriato, dopo che la vendita è stata proclamata, ma sul prezzo del medesimo nel giudizio di graduazione.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

CAPO PRIMO

Definizione della ipoteca e suo svolgimento

1. Ogni creditore può procedere alla esecuzione dei beni del debitore mobili ed immobili . . . . . pag. 6
2. Definizione dell'ipoteca e determinazione della sua natura » ivi
3 Scopo dell'ipoteca: è un accessorio di una valida obbligazione. Se possa darsi ipoteca per l'adempimento di una obbligazione futura . . . . . » 7
4. L'ipoteca è un dritto reale inerente ai beni, che li segue contro qualunque possessore: il diritto del creditore a farli vendere deriva esclusivamente dall'ipoteca, quando sono passati al terzo possessore . . . . . » 8
5. Se il diritto derivante dall'ipoteca sia mobiliare o immobiliare . . . . . » 9
6. L'ipoteca è indivisibile: rinvio pel commento dell'articolo 2087 . . . . . » ivi
7. Sono capaci di essere ipotecati gl'immobili per loro natura insieme agli accessorii. . . . . » 10
8. Sono capaci di ipoteca gl'immobili per destinazione unitamente però all'immobile cui accedono . . . . . » 12
9. Può essere ipotecato l'usufrutto, ad eccezione di quello legale del padre e della madre . . . . . » ivi
10. Può essere ipotecato il dominio diretto e il dominio utile: non possono essere ipotecate le azioni dirette a ricuperare un immobile, ma può essere ipotecato l'immobile . . » 14
11. Possono o pur no ipotecarsi i diritti concessi dal governo ai privati sopra i beni demaniali? . . . . . » 15
12. L'ipoteca può darsi anche sulle ferrovie? . . . . » ivi
13. Spiegazione dell'articolo 1966 . . . . . » 19
14. Se il proprietario, che vuol conservare i miglioramenti fatti da un possessore precario, deve renderlo indenne . . » 21

Digitized by Google

15. I terzi possessori non hanno rispetto al creditore ipotecario alcun diritto di prelevare le indennità loro dovute dal debitore per i miglioramenti eseguiti sopra i fondi ipotecati che nel solo caso dell'articolo 2020, nè hanno alcun diritto di ritenzione . . . . . pag. 22
16. Dottrina contraria della Corte di Cassazione di Firenze; confutazione della medesima . . . . . » 23
17. Spiegazione della legge dei 22 gennaio 1887 sul credito agrario . . . . . » 27
18. L'ipoteca si estende anche alle accessioni dipendenti da cause naturali . . . . . » 30
19. L'ipoteca iscritta sulla nuda proprietà si estende sull'usufrutto, che con essa si è consolidato . . . . . » 31
20. Casi, nei quali l'ipoteca si risolve sul prezzo della cosa ipotecata, ossia della surroga reale del prezzo alla cosa . » 32

CAPO SECONDO

Della distinzione delle ipoteche

1. Ipoteca legale: *A*. A favore degli alienanti: *B*. A favore dei condividenti: *C*. A favore dei minori e degl'interdetti: *D*. A favore della moglie sopra i beni del marito: *E*. A favore dallo Stato per le spese contro i condannati: *F*. A favore dei creditori e dei legatari sopra i beni della successione . » 33
2. Dell'ipoteca giudiziale . . . . . » 41
3. Se la condanna al rendiconto produca ipoteca. . . » 42
4. Dell'ipoteca nascente dalle sentenze degli arbitri, ed estere » ivi
5. Della ipoteca giudiziale sopra i beni di un'eredità beneficiata o giacente . . . . . » 43
6. Se sia valida l'ipoteca giudiziale dopo la cessazione dei pagamenti . . . . . » 44
7. Se siano giuste le ragioni per le quali si pretende l'abolizione delle ipoteche giudiziali . . . . . » 48
8. Dell'ipoteca convenzionale . . . . . » 55
9. Del divieto d'ipotecare i beni futuri . . . . . » 56
10. Se si possa impugnar la ipoteca della cosa altrui . . » ivi
11. Possono darsi in ipoteca gl'immobili, ancorchè dipenda il dritto sopra i medesimi da titolo annullabile o sottoposto a condizione: illustrazione . . . . . » 57
12. Se il debitore, in cui danno si è trascritto il precetto, possa ipotecare l'immobile da subastarsi . . . . . » 60

Digitized by Google

13. L'erede apparente può ipotecare . . . . . pag. 64
14. Il partecipante può ipotecare . . . . . » ivi
15. Come deve costituirsi l'ipoteca . . . . . » 65
16. L'ipoteca deve essere speciale . . . . . » 66
17. Del perimento e della deteriorazione dell'immobile . » 67
18. Della ipoteca sulle rendite nominative iscritte sul Gran Libro del debito pubblico . . . . . » ivi
19. Se le cartelle fondiarie nominative possono essere ipotecate » 68

CAPO TERZO

Della iscrizione

1. L'ipoteca si rende pubblica colla iscrizione nell'uffizio delle ipoteche del luogo, ove si trovano i beni gravati . » 71
2. Quali persone son tenute ad iscrivere l'ipoteca legale delle donne maritate, dei minori e degl'interdetti . . . » ivi
3. Disposizione speciale per l'ipoteca degli alienanti. . » 72
4. Sopra quali beni si può iscrivere l'ipoteca giudiziale . » 73
5. La iscrizione può essere presa da chiunque . . . » ivi
6. Il conservatore rilascia ricevo della presa iscrizione: la difformità tra le note e l'effettuata iscrizione rende risponsabile il conservatore verso la parte iscrivente: la sola iscrizione nel registro è documento per i terzi senza che le note loro giovino o nuocciano: i registri sono pubblici . » 75
7. Bisogna presentare al Conservatore il titolo costitutivo dell'ipoteca . . . . . » 76
8. Se sia nulla l'iscrizione presa in virtù di scrittura privata non autenticata nè riconosciuta, o non legalizzata se sia stata stipulata all'estero . . . . . » 77
9. Le note debbono contenere il nome del creditore. . » 79
10. Dell'annotazione delle surroghe, delle cessioni e dei pegni e dei loro effetti . . . . . » 81
11. Nelle note deve enunciarsi il nome del debitore . . » 82
12. Se la morte del debitore produca variazione nel diritto e nella forma della iscrizione e quali . . . . . » ivi
13. Modificazioni che derivano dal cangiamento della intestazione castastale: esame della quistione, se il creditore ereditario possa iscrivere l'ipoteca in danno del legatario: quali sieno gli effetti della omissione e dell'inesattezza di alcune delle forme della iscrizione . . . . . » 84

Digitized by Google

14. Si deve eleggere il domicilio nella giurisdizione dell' uffizio delle ipoteche . . . . . pag. 89
15. Si deve indicare la data, la natura del titolo, e il pubblico uffiziale che lo ha stipulato o autenticato . . » ivi
16 Si deve indicare l'importare della somma in capitale, in interessi ed annualità; esame di due quistioni intorno alla indicazione del capitale o degl'interessi . . . . » 90
17. Si deve indicare la natura e la situazione dei beni . » 92
18. Della competenza e delle notificazioni . . . . . » ivi
19. È nulla l'iscrizione presa dopo la dichiarazione di fallimento; non si estende alle rinnovazioni . . . . . » ivi
20. Conseguenze che ne derivano. . . . . » 94

CAPO QUARTO

Delle rinnovazioni

1. Esposizione delle ragioni, che fanno generalmente ammettere la rinnovazione delle iscrizioni . . . . . » 96
2. Il giorno, nel quale si prende l'iscrizione, non si computa nel termine di trent' anni, durata della medesima, ma si computano tutti i giorni, ancorchè fosse festivo l'ultimo giorno dei trent'anni. La rinnovazione deve aver luogo prima della scadenza del termine. . . . . » 98
3. L'obbligo della rinnovazione è comune a tutte le iscrizioni, esclusa la sola iscrizione legale delle mogli contro i mariti per la quale è protratto il termine. Per la rinnovazione dell'ipoteca a pro degl'interdetti son comminate le stesse pene a coloro, che vi sono soggetti, se non curano di prendere la iscrizione e rinnovarla . . . . . » 100
4. Quando cessa l'obbligo della rinnovazione. . . . » 101
5. Come si opera la rinnovazione . . . . . » 103

CAPO QUINTO

Dell'ordine fra le ipoteche

1. Ampio commento dell'articolo 2007; grado delle ipoteche iscritte per crediti futuri . . . . . » 106
2. L'ipoteca prende grado dal momento dell'iscrizione secondo il suo numero progressivo . . . . . » 113

Digitized by Google

3. Eccezioni e modificazioni del principio . . . . pag. 114
4. Col grado del capitale son dovute talune spese, due annate d'interessi oltre la corrente alla trascrizione del precetto ed i successivi . . . . . » 116
5. Della surroga ipotecaria per evizione. . . . . » 120
6. Quando diventa diffinitivamente fissato il grado fra i creditori e rispetto ai terzi possessori . . . . . » 123
7. Del privilegio delle spese di spropriazione . . . » ivi
8. Se sia dovuto il privilegio *super re defensa* consistente in immobili agli avvocati ed ai procuratori . . . . » 126
9. Privilegio dovuto allo Stato, ai Comuni ed alle province pel tributo fondiario . . . . . » 127
10. Se competa anche contro i terzi possessori . . . » 130
11. Del privilegio per i tributi indiretti . . . . . » 131
12. Se il domino diretto abbia diritto a prelevare i canoni a qualunque somma ammontassero, purchè non fossero prescritti . . . . . » 132
13. Della preferenza dei crediti privilegiati sulla generalità dei mobili ai creditori chirografari sugl'immobili . . . » 136
14 Del diritto di separazione e degli effetti che produce . » 137

CAPO SESTO

Dell'azione ipotecaria contro i terzi possessori

1. Dritto di ogni creditore di far vendere all'asta gl'immobili del suo debitore, anche quando non abbia ipoteca sul medesimo: limite di questo diritto: non può promuoversi la vendita senza la notificazione del precetto, la cui trascrizione produce il sequestro giudiziario . . . . . » 139
2. Opposizione, che il debitore può fare contro il precetto . » 140
3. La procedura deve essere diretta contro il debitore, che sia proprietario dell'immobile . . . . . » ivi
4. L'azione ipotecaria si dirige contro il terzo possessore dell'immobile o di un dritto reale sopra il medesimo, del quale sia divenuto proprietario. Che s'intende per terzo possessore: larga illustrazione. . . . . » 141
5. Il terzo possessore è tenuto a rilasciare il fondo anche quando si dimostri che il creditore non possa esser pagato . . » 146
6. Può pagare i crediti iscritti e gli accessorî ai termini dell'articolo 2010 per evitare il rilascio . . . . » 147

Digitized by Google

7. Modo di procedere contro il terzo possessore. . . pag. 148
8. Il possessore può opporsi alla procedura . . . » 149
9. Può impugnare il credito. . . . . » 150
10. Può impugnare l'ipoteca e il privilegio . . . . » 151
11. Può opporre di non possedere l'immobile ipotecato . » 153
12. Non può opporre il beneficio d'ordine o di escussione . » 154
13. Non può opporre *il beneficium cedendarum actionum* . » 155
14. Per evitare la vendita in suo nome il terzo possessore può o pagare, o purgare, o rilasciare . . . . . » 157
15. Casi nei quali non può rilasciare . . . . . » ivi
16. Per rilasciare deve avere la facoltà di alienare, o deve esservi debitamente autorizzato . . . . . » 159
17. Modo come si eseguisce il rilascio: da che tempo deve i frutti . . . . . » 160
18. Deve risarcire i danni: ha diritto ai miglioramenti . » 161
19. Non è necessaria la distinzione tra spese necessarie, utili e voluttuose . . . . . » 165
20. Tempo nel quale può far liquidare le migliorie . . » 167
21. Risurrezione dei diritti reali . . . . . » ivi
22. Il rinascimento prende grado dal dì della iscrizione . » 171
23. Il sopravanzo del prezzo va a beneficio dei creditori del terzo possessore e, in mancanza, di lui . . . . . » ivi
24. I creditori ipotecari possono far vendere l'immobile, considerando come inesistenti i diritti di uso, abitazione e servitù, se questi sieno stati costituiti e trascritti posteriormente alle loro iscrizioni . . . . . » 172
25. Il sopravanzo del prezzo di detti diritti spetta ai loro utenti . . . . . » 173
26. Esame delle opinioni contrarie . . . . . » 174
27. Il sopravanzo del prezzo a favore degli utenti non costituisce un privilegio o una prelevazione, ma è una loro proprietà surrogata ai diritti alienati . . . . . » 176
28. Le stesse regole debbono essere applicate ai terzi possessori, se l'atto relativo alle servitù, all'uso, all'abitazione ed all'ipoteca è stato trascritto posteriormente alla iscrizione dei creditori . . . . . » 178
29. Della garentia dovuta al terzo possessore evitto . . » ivi
30. Illustrazione con un esempio . . . . . » 181
31. Miglioramento possibile del sistema . . . . . » 184

Digitized by Google

CAPO SETTIMO

Del modo di liberare gl'immobili dalle ipoteche

1. Origine della purgazione delle ipoteche: suo scopo; utilità che produce: a chi è concesso il diritto . . . . . pag. 188
2. Se l'acquirente dell'usufrutto, della nuda proprietà, del dominio diretto e dell'utile abbia diritto a purgare . . » 189
3. L'acquirente di quota indivisa non può purgare prima della divisione . . . . . » 194
4. L'acquirente per pubblica utilità non deve purgare, surrogandosi all'immobile il prezzo sul quale ricade l'ipoteca . » ivi
5. Non deve purgare neanche il compratore all'incanto per espropriazione forzata; il compratore all'asta per ogni altra specie deve purgare come ogni altro acquirente privato . » 195
6. E valido il patto di non purgare . . . . . » ivi
7. Non si può purgare nei casi previsti dall'articolo 2023. » 196
8. Se possa purgare il compratore sotto condizione sospensiva o risolutiva: quali sono gli effetti dell'avveramento della condizione risolutiva sul giudizio di purga . . . . . » 197
9. Se il legatario deve trascrivere il testamento: se il coerede, tenuto per l'intero solo ipotecariamente, possa purgare . . . . . » 199
10. Se si possa purgare rispetto ai creditori iscritti per separazione di patrimonio. . . . . » 201
11. L'espressione *terzo possessore* non equivale ad *acquirente* » ivi
12. Bisogna iscrivere a favore della massa dei creditori l'ipoteca legale derivante dall'atto di alienazione pel prezzo stipulato o dichiarato. . . . . » 202
13. Termine, nel quale deve cominciarsi la procedura di purgazione . . . . . » 203
14. S'inizia la procedura coll'ottenere il decreto del Presidente e coll'intimare un atto al precedente proprietario ed ai creditori iscritti; cose, che debbe quest'atto contenere . » 204
15. Chiarimenti sopra le cose principali, che l'atto deve contenere. . . . . » 205
16. Della decadenza e della surrogazione . . . . » 207
17. L'acquirente, che inizia il giudizio di purga, deve essere capace di obbligarsi . . . . . » 208
18. Dell'azione di nullità spettante ai creditori contro gli atti fatti dall'acquirente . . . . . » ivi

Digitized by Google

19. Diritto dei creditori di far vendere l'immobile ipotecato sotto determinate condizioni. Non han diritto a far vendere l'immobile non ipotecato . . . . . pag. 210
20. Condizioni, sotto le quali ha diritto ciascuno dei creditori di richiedere gl'incanti
A) Come deve esser fatta la richiesta
B) L'offerente deve obbligarsi di aumentare o far aumentare di un decimo il prezzo dichiarato o stipulato: quistioni diverse intorno alla determinazione del vero prezzo stipulato, o da dichiararsi ed esame delle medesime: se sono dovuti i frutti e se facciano parte del prezzo.
C) Offerta della cauzione in un quinto del prezzo aumentato: chiarimenti . . . . . » 211
21. In quale termine deve esser fatta la richiesta . . . » 216
22. Le nullità contro la richiesta dell'incanto debbono proporsi nello stesso giudizio cui dà luogo la richiesta . . . » ivi
23. Che cosa deve contenere la sentenza, che ammette la cauzione—Deve essere annotata in margine alla trascrizione del titolo: ragione dell'annotazione . . . . . » 217
24. In quali casi la richiesta d'incanto è nulla di diritto . » ivi
25. Come si eseguono gl'incanti se debbono aver luogo . » ivi
26. Come deve procedere il giudizio di graduazione . . » 218
27. Se l'acquirente rimane tale o perchè non vi è stato incanto, o perchè egli n'è divenuto compratore, si libera dalle ipoteche col pagamento del prezzo . . . . . » ivi
28. Ed ha diritto di garentia contro l'autore: specificazione di casi . . . . . » 219
29. Quali rimborsi si debbono all'acquirente, che non piglia parte alla gara o è vinto . . . . . » ivi
30. Il sopravvanzo del prezzo, pagati i creditori ipotecari, a chi spetta . . . . . » 220
31. Se son dovute le deteriorazioni ed i miglioramenti . » 223
32. Quali interessi son dovuti ai creditori . . . . . » ivi
33. Osservazioni generali . . . . . » 224

CAPO OTTAVO

1. Della riduzione e della estenzione delle ipoteche, e della cancellazione delle iscrizioni . . . . . » 227

Digitized by Google

SEZIONE PRIMA

Della riduzione delle Ipoteche

1. In che consiste la riduzione dell'ipoteca, e quando è concessa . . . . . pag. 229
2. A chi è concessa . . . . . » ivi
3. Quando si reputa eccessiva la quantità dei beni ipotecati » 230
4. Se possa ordinarsi la riduzione della parte di un solo immobile, sul quale si è presa iscrizione . . . . . » 231
5. Quando si reputa eccessiva la somma, per cui si è presa iscrizione . . . . . » 233
6. Non vi è contraddizione tra i due articoli 2025 e 2026 . » 238
7. A carico di chi debbono andare le spese del giudizio . » 239

SEZIONE SECONDA

Della estinzione delle Ipoteche

1. Si estingue l'ipoteca coll'estinguersi l'obbligazione: osservazioni speciali intorno al modo di estinzione della obbligazione mediante la compensazione e la novazione . . » 240
2. Colla distruzione dell'immobile ipotecato . . . » 244
3. Se l'immobile ipotecato è stato assicurato, come va diviso il prezzo di assicurazione? Come va diviso il prezzo derivante da espropriazione per pubblica utilità o da servitù imposta dalla legge? Estinto l'usufrutto per consolidazione, si estingue anche l'ipoteca? . . . . . » 245
4. Si estingue colla rinunzia del creditore: può essere totale o parziale; non deve confondersi colla rinunzia o col trasferimento del grado . . . . . » 248
5. Fatta in un atto unilaterale non può essere rivocata prima dell'accettazione . . . . . » 249
6. Si estingue col pagamento dell'intero prezzo nei giudizi di graduazione . . . . . » 254
7. Collo spirare del termine a cui fu limitata . . . » 256
8. Col verificarsi della condizione risolutiva, che vi fu apposta » ivi
9. Colla prescrizione . . . . . » 257
10. Distinzione tra la nullità, la risoluzione dell'ipoteca e la sua estinzione . . . . . » ivi
11. Del rinascimento dell'ipoteca . . . . . » 258

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

Della cancellazione delle iscrizioni

1. La cancellazione della iscrizione può operarsi per consenso delle parti interessate . . . . . pag. 262
2. Non sempre importa rinunzia assoluta del diritto. . » 263
3. Può consentire chi è capace di alienare il diritto, che l'ipoteca iscritta garentisce . . . . . » ivi
4. Può operarsi la cancellazione per ordine dell'autorità giudiziaria divenuta irrevocabile . . . . . » 264
5. In quali casi deve ordinarsi la cancellazione delle iscrizioni . . . . . » 268
6. Come si esegue la cancellazione . . . . . » ivi
7. A chi deve intimarsi l'atto di citazione per le azioni relative alla iscrizione, alla riduzione ed alla cancellazione . » ivi
8. Quale il giudice competente a conoscerne? . . . » 270
9. Chi deve conoscere del rifiuto del conservatore a cancellar l'iscrizione . . . . . » 271

CAPO NONO

Degli uffizii d'Ipoteche.

1. Ordinamento degli uffizi delle ipoteche . . . . » 272
2. Officii del conservatore delle ipoteche . . . . » 273
3. Quali registri deve tenere per legge . . . . » 274
4. Quali per regolamento . . . . . » 276
5. Se il conservatore possa fare operazioni per sè stesso . » ivi
6. Gli atti dei Conservatori sono atti pubblici . . . » 277
7. Il Conservatore non può rifiutarsi a compiere le operazioni richieste dalle parti: casi, nei quali il può o il deve . » 278
8. Il Conservatore deve rispondere dei danni: modo come liquidarli . . . . . » 280
9. Tale domanda non esclude l'esercizio degli altri diritti contro il conservatore . . . . . » 283
10. Disposizione speciale del Codice francese e della legge belga abolita dal Codice italiano . . . . . » 284

Digitized by Google

CAPO DECIMO

SEZIONE PRIMA

Miglioramenti dell'Istituto della Trascrizione o che possono derivare alla prova del possesso dal nuovo catasto

1. Se convenga conservare l'attuale sistema di trasferimento della proprietà degl'immobili e dei diritti reali . . pag. 290
2. Si deve trascrivere la dote che la donna costituisce a sè stessa . . . . . » 292
3. Se la mancanza di trascrizione della locazione e della cessione dei fitti e delle pigioni le priva di ogni effetto o le soggetta alla riduzione? In qual modo si esegue la riduzione » ivi
4. Della trascrizione dell'alienazione dei frutti e degli alberi » 293
5. Se debbono trascriversi le cessioni in genere, che comprendono trasferimento d'immobili senza specificazione . . » 294
6. Se debbono trascriversi le vendite agl'incanti non seguite tra i soli condividenti . . . . . » 295
7. Debbono trascriversi gli atti dichiarativi di proprietà o di dritti reali o di rinunzia ai medesimi . . . . » ivi
8. In quali casi si debbono trascrivere i testamenti. Dottrina degli eredi apparenti e dei legati . . . . . » 297
9. Debbono trascriversi gli atti interruttivi della prescrizione » 300
10. Debbono trascriversi tutte le azioni relative ad immobili. » 301
11. Modo di eseguirsi la trascrizione . . . . . » ivi
12. Quali utilità si possono trarre dal nuovo catasto . . » 303
13. L'aggiudicatario all'asta pubblica nel giudizio di spropriazione acquista l'immobile purgato da ogni specie di peso . » 306
14. Del sistema tavolare . . . . . » 308

SEZIONE SECONDA

Delle spese della Conservazione e del miglioramento delle cose rispetto ai terzi

1. Dottrina del diritto romano . . . . . » 312
2. Dei paesi nei quali fu ammesso il diritto romano . . » 314
3. Dottrina del diritto francese, rispetto ai mobili . . » ivi
4. Rispetto agl'immobili . . . . . » ivi

Digitized by Google

5. Dottrina speciale del Codice Albertino relativa ai mobili pag. 315
6. Relativa agl'immobili . . . . . » ivi
7. Dottrina della legge Toscana . . . . . » 316
8. Dottrina della legge Belgica . . . . . » 319
9. Varietà sul privilegio delle spese di conservazione e di miglioramento secondo le diverse legislazioni e le opinioni degli scrittori. . . . . » 320
10. Sistema del Codice italiano rispetto alle spese di conservazione e di miglioramento del mobile migliorato e conservato. » 321
11. Cancellazione dal Codice italiano del privilegio delle spese della conservazione e del miglioramento dell'immobile — Relazione del Guardasigilli — Del Commissario della Commissione del Senato — Discussione nella Commissione di coordinamento . . . . . » ivi
12. Del diritto di ritenzione dell'immobile rispetto all'azione ipotecaria ed all'azione rivendicatoria . . . . . » 325
13. Inconvenienti che credonsi derivare dall'abolizione del privilegio. . . . . » 327
14. Della legge del 23 gennaio 1887 sul credito agrario. . » 330
15. Riforma dell'articolo 562 del Codice Civile . . . » 332

SEZIONE TERZA

Progetto di riforma di articoli del Codice Civile e di procedura » 333

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google